

2004 CONGRÈS

apff
association
de planification
fiscale et financière



congrès 2004

445, boul. Saint-Laurent
bureau 300, Montréal, Qc
H2Y 2Y7 (514) 866-2733

Cette publication doit être citée : *Congrès 2004*

Avertissement au lecteur

Ces conférences ont été prononcées en octobre 2004, lors du 29^e congrès annuel de l'APFF.

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

Tous droits réservés. La reproduction ou transmission, sous quelque forme ou par quelque moyen (électronique ou mécanique, y compris la photocopie, l'enregistrement ou l'introduction dans tout système informatique de recherche documentaire) actuellement connu ou non encore inventé, de toute partie de la présente publication, faite sans le consentement écrit de l'éditeur est interdit sauf dans le cas où quelqu'un désire citer de courts extraits. Dans ce dernier cas, mention doit absolument être faite et de l'auteur et du livre *Congrès 2004* comme source de référence.

ISBN 2-920098-04

Dépôt légal, 2^e trimestre 2005
Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada

Table des matières générale

	page
Message du président-directeur général.....	V
Comité du Congrès 2004.....	VII
Secrétariat de l'APFF 2004.....	VIII
Conseil d'administration de l'APFF 2004-2005.....	IX
Membres corporatifs et leurs délégués principaux 2004	X
Commanditaires du Congrès 2004.....	XIX
Table des auteurs.....	XXI
Table par titres de conférences, tables rondes et études de cas	XXIX
Liste des abréviations utilisées dans les index.....	XXXV
Index par sujets	XXXVII
Index par articles de lois et de règlements	LXI
Table de la jurisprudence	LXXXV

MESSAGE DU PRÉSIDENT-DIRECTEUR GÉNÉRAL



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

L'année 2004 fut pour l'APFF et pour moi non seulement une année de transition mais également, à bien des égards, une année exceptionnelle. En effet, l'année qui vient de s'écouler m'a permis de constater *in concreto* l'expertise professionnelle et la collaboration soutenue des nombreux bénévoles qui permettent à l'APFF d'accomplir sa mission et de maintenir la réputation et la crédibilité qu'on lui reconnaît. Le Congrès 2004, sous la présidence de M^c Jean Groleau, associé chez Fraser Milner Casgrain s.r.l. et habilement secondé par son comité organisateur, fut également exceptionnel, ne serait-ce que par le contenu du programme. En fait, près de 700 congressistes ont participé aux activités, qui, selon les commentaires reçus, ont répondu de façon éloquente aux attentes de nos membres.

Je tiens à souligner le succès obtenu à l'occasion des deux débats portant sur les finances publiques, soit celui sur le rôle de l'État et celui portant sur le déséquilibre fiscal. Le Congrès 2004 fut marqué, lors du Banquet du Président, par une mémorable dégustation placée sous le signe de Bacchus et

des produits du terroir québécois. Ce concept nouveau fut, sans l'ombre d'un doute, une véritable réussite auprès des congressistes.

J'aimerais remercier également tous nos conférenciers des secteurs fiscal et financier ainsi que les représentants des gouvernements pour la générosité dont ils ont fait preuve. Je tiens à souligner la présence au Congrès 2004 du ministre des Finances du Québec de l'époque, M. Yves Séguin, ainsi que du ministre du Revenu du Québec, M. Lawrence Bergman.

Je veux également remercier tous nos commanditaires qui contribuent de façon importante, par leur appui et leur très grande générosité, à la réussite de cet événement. Enfin, je ne saurais passer sous silence l'excellent travail de la permanence de l'APFF pour sa prestation non seulement lors de la préparation et de la tenue du congrès mais également pour l'édition des actes du Congrès 2004.

Je vous en souhaite bonne lecture et je profite de l'occasion pour vous donner rendez-vous à l'Hôtel Hilton de Québec les 5, 6 et 7 octobre prochain pour le 30^e congrès annuel de l'APFF.

Daniel Bourgeois
Président-directeur général

Comité du Congrès 2004

PRÉSIDENT

Jean GROLEAU, avocat – Fraser Milner Casgrain s.r.l.

MEMBRES DU COMITÉ

René ALBERT, CA – PricewaterhouseCoopers s.r.l.

Dominic C. BELLEY, avocat – Fraser Milner Casgrain s.r.l.

Gaétan BISSON, CA, M. Fisc. – Samson Bélair

Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

Gilles CHEVALIER, Pl. Fin. – Engel Chevalier – Protection du patrimoine

Michel DANSEREAU, avocat – Contentieux du Revenu – Ministère de la Justice du Québec

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

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

Éric LABELLE, avocat – Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

Nicolas LEGAULT, CMA – Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Hélène MARQUIS, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP – Financière Sun Life

Alain MÉNARD, avocat, MBA – Cain Lamarre Casgrain Wells

Danièle MILETTE, M. Fisc. – Verrier Paquin Hébert s.e.n.c., CA

Jennifer RHEE, CA – RSM Richter, S.E.N.C.R.L.

Paul RYAN, avocat – Ravinsky Ryan s.e.n.c., avocats

Stéphane VIGNEAULT, BAA, Pl. Fin. – Financière Sun Life

MEMBRES D'OFFICE

Daniel BOURGEOIS, avocat, BAA, M. Fisc.

Président-directeur général – APFF

Micheline DEL VECCHIO, avocate, LL. M., DESS Fisc. – APFF

Directrice adjointe des services professionnels

Sandra LACROIX, CGA, M. Fisc. – APFF

Directrice des services professionnels

Secrétariat de l'APFF – 2004

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

Gilles BERNIER – Directeur des relations internationales

Manon CARRIER – Directrice, développement des affaires

Micheline DEL VECCHIO, avocate, LL. M., DESS Fisc. –

Directrice adjointe des services professionnels

Jean FORTIN – Directeur des services aux membres

Sandra LACROIX, CGA, M. Fisc. –

Directrice des services professionnels

Pierre LANDRY – Directeur, finances et comptabilité

Ginette PERRON – Adjointe administrative

Véronique SAULNIER, avocate – Directrice adjointe,
responsable de l'édition

Véronique AUBIN

Mirela BARBU

Diane CARON

Geneviève CÔTÉ

Serge LAHAIE

Nathalie LÉVESQUE

Diane MARTIN

Marie-Andrée THÉORÊT

Ainsi que **Jocelyne OUELLETTE** et **Lyne OUELLETTE**

Révision, préparation et mise en page des textes

Geneviève CÔTÉ

Diane MARTIN

Marie-Andrée THÉORÊT

Conseil d'administration de l'APFF 2004-2005

M. Gilles CHEVALIER, Pl. Fin.
Président du conseil d'administration
Engel Chevalier – Protection du patrimoine

M^e Paul RYAN, avocat
Président sortant du conseil d'administration
Ravinsky Ryan s.e.n.c., avocats

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

M^e Ghislain BROSSARD, avocat, CA
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

M^e Claude DESAULNIERS, avocat
McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.

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

M. Maurice FRÉCHETTE, CGA
Power Corporation du Canada

M^{me} Renée GALLANT, CA, M. Fisc.
Gallant Dupuis Tremblay Sauvageau, s.e.n.c.r.l.

M. Daniel GOSSELIN, CGA, M. Fisc., TEP
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

M^e Jean GROLEAU, avocat
Fraser Milner Casgrain s.r.l.

M^e Hélène MARQUIS, avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
Financière Sun Life

M^{me} Danièle MILETTE, M. Fisc.
Verrier Paquin Hébert, CA

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

M. Camil VACHON, CA
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

Membres corporatifs et leurs délégués principaux – 2004

AGENCE DU REVENU DU CANADA

M. Walter Szyk

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

AGENCE G. GADOUA INC.

M. Robert Bazinet

Directeur Marketing

AIG VIE DU CANADA

M. Daniel Duchesne, BAA, AVA, Pl. Fin.

Représentant senior, Marketing

ASSOCIATION CANADIENNE DES COMPAGNIES D'ASSURANCES DE PERSONNES INC.

M. Yves Millette

Vice-président principal aux affaires québécoises

AVALON, SOCIÉTÉ D'ACTUARIAT CONSEIL

M. Daniel Lafrenière, ASA

Vice-président adjoint

AXA SERVICES FINANCIERS

M. Raymond Rivest, AVA, Pl. Fin.

Président

BARREAU DU QUÉBEC

M^e Jacques Houle, avocat

Directeur général par intérim

BDO DUNWOODY

M. Sylvain Guindon, CA, Pl. Fin.

Associé

BELL CANADA

M. Pierre Bertrand, CMA

Directeur, Fiscalité corporative

BMO BANQUE PRIVÉE HARRIS

M. Ghislain Roux

Directeur régional – Services fiduciaires

BOILY HANDFIELD, CA

M. Fernand Boily, CA

BOTICA GROUPE FINANCIER

M. Serge Assayag, ASA

Président

BOURSE DE MONTRÉAL

M^{me} Anne Durand

Directeur, Développement des affaires – Clientèle institutionnelle

CANADIEN NATIONAL

M^c Sean Finn, avocat

*Premier vice-président, chef de la direction
des affaires juridiques et secrétaire général*

CARSWELL, UNE SOCIÉTÉ THOMSON

M. Robert Freeman

Vice-président, Publications

CASCADES INC.

M. Simon Lachance, CA

Directeur de la fiscalité

**CENTRE DE RECHERCHES ET D'ANALYSES
SUR LES CORPORATIONS LTÉE (C.R.A.C.)**

M^c Thérèse Fredette, avocate

Présidente

CENTRE FINANCIER ASSEP INC.

M. Gérard Fournier, AVA

Président

CENTRE FINANCIER SFL MAISONNEUVE

M^{me} Claudie Caron, M. Fisc., Pl. Fin.

Directrice en fiscalité

CHALIFOUX DELISLE ET ASSOCIÉS

M. Claude Chalifoux, AVA, Pl. Fin.

CHAMBRE DE LA SÉCURITÉ FINANCIÈRE

M^c Micheline Rioux, avocate, AVA, Pl. Fin.

Syndic

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC

M^c Denis Marsolais, notaire

Président

**CHAMBRE NATIONALE DES CONSEILS
ET EXPERTS FINANCIERS DE FRANCE**

M. Roger-Henri Chipot

Président

CIBC WOOD GUNDY, SERVICES FINANCIERS

M^c Carole Gailloux, avocate, Pl. Fin.

Vice-présidente, Planification intergénération

COMPAGNIE D'ASSURANCE DU CANADA SUR LA VIE

M. Phil Marsillo, AVA, Pl. Fin.

Vice-président principal, Distribution individuelle

CONSEILLERS FINANCIERS T.E.

M^{me} Diane Henry, CA, M. Sc., Pl. Fin.

Vice-présidente et directrice générale régionale

COOPÉRATIVE FÉDÉRÉE DE QUÉBEC

M. Yves Jasmin, CA, LL. M. Fisc.

Directeur de la fiscalité

DALE-PARIZEAU L.M. INC.

M. Olivier Ringuet, Pl. Fin.

Conseiller en sécurité financière

DE GRANDPRÉ CHAIT S.E.N.C.R.L.

M^c Claude Désy, M. Fisc., FCA, avocat

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE – MONTRÉAL

M. Louis Rouleau, AVA, Pl. Fin.

Conseiller principal

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE – QUÉBEC

M^{me} France Brassard, CA

Directrice, Fiscalité

DOMTAR INC.

M. Pierre Jetté, CA

Directeur – Fiscalité

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. Raynald Corriveau, CMA

*L'Inspecteur et le Vérificateur général du Mouvement des caisses
Desjardins*

FIDUCIE DESJARDINS, GESTION PRIVÉE

M. Jean Brunelle, Adm. A.

Vice-président, Ventes – Centres de gestion privée

FINANCIÈRE BANQUE NATIONALE

M. Alain Legris, CA

Vice-président exécutif et chef de la direction financière

FINANCIÈRE MANUVIE

M^{me} Diane Hamel, CGA

Directrice planification fiscale et successorale

**FINANCIÈRE SUN LIFE – SUN LIFE DU CANADA,
COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE**

M^e Hélène Marquis, LL. L., 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

FONDS DE PLACEMENT STANDARD LIFE LTÉE

M. Martin Poirier, Adm. A.

Vice-président, Québec-Atlantique

FORCE FINANCIÈRE EXCEL

M. James McMahon, Pl. Fin.

Président-directeur général

GALLANT DUPUIS TREMBLAY SAUVAGEAU, S.E.N.C.R.L.

M^{me} Renée Gallant, CA, M. Fisc.

GESTION D'ACTIFS ASSANTE LTÉE

M. Armand Kessous, TEP

Directeur général

GESTION DE PATRIMOINE DUNDEE

M. Jean Rochon

Directeur, Placements

GESTION PRIVÉE TAL LTÉE

M. Jacques Alarie, MBA

Premier vice-président – Directeur général

GROUPE CLOUTIER ASSURANCES

M. Gilles Cloutier

Président

GROUPE FINANCIER MULTI COURTAGE INC.

M. Guy Duhaime, AVC, Pl. Fin.

Président et chef de la direction

GROUPE FINANCIER PEAK INC.

M. Robert Frances

Président

GROUPE GESTION PRIVÉE SCOTIA

M. Jean-Paul Choucha

Chef et directeur général

GROUPE HLP

M. Yves Hamelin

Président

GROUPE LAPERRIÈRE ET VERREAULT INC.

M. Marc Barbeau, CA, M. Fisc.

Directeur aux affaires fiscales et à l'administration

GROUPE PROMUTUEL

M. Carl Cleary, M. Sc., CGA

Vice-président, Finances

GROUPE TRANSCONTINENTAL G.T.C. LTÉE

M^{me} France-Élaine Duranceau, CA, LL. M. Fisc.
Conseillère principale, Fiscalité

**INDUSTRIELLE ALLIANCE, ASSURANCE
ET SERVICES FINANCIERS**

M. Normand Gervais, LL. B., M. Fisc.
Directeur, Service de la fiscalité

ING CANADA

M. Yves Poulin, CMA
Vice-président, Fiscalité

INSTITUT QUÉBÉCOIS DE PLANIFICATION FINANCIÈRE

M^c Jean Girard, avocat, Pl. Fin.
Président

INVESTISSEMENT QUÉBEC

M. Denis Valois, économiste
Directeur des mesures fiscales

LA CAPITALE ASSURANCES MFQ INC.

M^{me} Guylaine Ouellet, CA
Gestion financière

LA MARITIME, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE

M^c Robert Laniel, notaire, Pl. Fin., DESS Comm., DESS Fisc.
Conseiller principal

LA NATIONALE VIE

M. Daniel Walsh, ASA
Directeur de marketing

**LA SURVIVANCE, COMPAGNIE
MUTUELLE D'ASSURANCE-VIE**

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

LE GROUPE CSL INC.

CANADA STEAMSHIP LINES INC.

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

LE GROUPE OPTION RETRAITE INC.

M. Richard Dorval, B. Sc.

Président du Conseil – Chef de la direction

LES SERVICES INVESTORS LIMITÉE

M. François Morin, Pl. Fin.

Vice-président

MAYHEWS ET ASSOCIÉS

M. Michel Mailloux, MBA, Pl. Fin.

Président

MCCARTHY TETRAULT S.E.N.C.R.L., S.R.L.

M^c Claude Desaulniers, avocat

Associé

MCLEAN BUDDEN LTÉE

M. Bill Healy, CFA

Vice-président et gestionnaire de portefeuilles

MORNEAU SOBECO

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

Directeur

NORBOURG CAPITAL INC.

M. Serge Beugré, CFA

OPTION FORTUNE INC.

M^{me} Anne-Marie Girard-Plouffe,

Adm. A., Pl. Fin., AVA, GPC, FICVM

**ORDRE DES COMPTABLES EN MANAGEMENT
ACCREDITÉS DU QUÉBEC**

M. François Renaud, CMA

Président-directeur général

**ORDRE DES COMPTABLES GÉNÉRAUX
LICENCIÉS DU QUÉBEC**

M. Alain Girard, CGA, MBA

Président-directeur général

OSLER, HOSKIN & HARCOURT S.R.L.

M^c François Auger, avocat, CA

PÉTRIE RAYMOND, CA

M. Claude Bergel, CA, M. Fisc.

Associé

PLACEMENTS MONTRUSCO BOLTON INC.

M. Louis Bourassa, MBA

Vice-président principal, Gestion privée

PLANISTE LTÉE

M. Raymond Lepage, Adm. A., Pl. Fin.

Directeur général

POWER CORPORATION DU CANADA

M. Maurice Fréchette, CGA

Directeur de la fiscalité

PPI QUÉBEC INC.

M. Claude Ménard, BAA, AVA, Pl. Fin., Adm. A.

Vice-président opérations

PREMTEC – FIRME D'INGÉNIERIE

CRÉDITS D'IMPÔT EN RS & DE

M. Jean-François Clément, ing.

Président

PUBLICATIONS CCH LTÉE

M. Michel Masse

Vice-président

RAYMOND CHABOT GRANT THORNTON S.E.N.C.R.L.

M. Jean Gauthier, CA, M. Fisc.

Associé

RBC ASSURANCES

M^{me} Madeleine B. Lafontaine, Pl. Fin.

Vice-présidente régionale, Est du Canada

RBC INVESTISSEMENTS

M^{me} Johanne Ardouin

Vice-présidente – RBC Investissements – Planification financière

ROY MÉTIVIER ROBERGE SYNDICS

M. José Roberge, syndic, B.A., C.I.R.P.

RSM RICHTER, S.E.N.C.R.L.

M^{me} Diane Tsonos, B.A., LL. B.

SERVICES FINANCIERS SFL

M. Denis Berthiaume, FSA, FICA

Président

SSQ GROUPE FINANCIER

M. Michel Pelletier, FSA, FICA

Directeur principal, Actuariat et marketing

TD GESTION DE PORTEFEUILLES

M. Jacques Beaudoin, CA

Directeur régional, Région de l'Est du Canada

TRANSAMÉRICAVIE CANADA

M. Pierre Vincent, FICA, FSA

Vice-président, Ventes – Région de l'Est

TRUST BANQUE NATIONALE

M^e Éric Laflamme, avocat

Vice-président, Services aux particuliers

TRUST LA LAURENTIENNE

M. Claude Sasseville

Vice-président, Services financiers aux particuliers

TRUST LOMBARD ODIER DARIER HENTSCHE INC.

M. Frédéric Binder

Président

UBS BANQUE (CANADA)

M. Raphaël Delacombaz

Directeur

Nous tenons à remercier sincèrement tous nos commanditaires qui ont contribué par leur participation financière à la réussite de ce 29^e congrès annuel.

Commanditaires

Commanditaire principal	Publications CCH Itée
Banquet du Président	Banque Nationale du Canada Power Corporation du Canada
Porte-documents des congressistes	Financière Sun Life
Livre du Congrès couverture 4 / 2 tomes	Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.
Impression des textes des conférences	RBC Investissements Planification financière
Panneaux indicatifs des conférences	Heenan Blaikie SRL
Cartables des textes des conférences	Osler, Hoskin & Harcourt s.r.l.
Salle Internet	Financière Manuvie Investissements Manuvie
Location des salles de conférences et de l'équipement audiovisuel	Fédération des caisses Desjardins du Québec
Cocktail du Président	Fraser Milner Casgrain s.r.l.
Fourniture de photocopieurs	Les Gens de Documents Xerox
Cordons pour badges d'identification	Revenu Québec
Pochettes contenant la documentation remise aux congressistes	Ordre des CGA du Québec
Cocktail « La Rencontre »	PricewaterhouseCoopers s.r.l.

Déjeuners des invités d'honneur
et des conférenciers

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

Coupons de vente de textes

Imprimerie Production

Pauses santé

Standard Life
Engel, Chevalier – Protection du patrimoine

Kiosques

Agence du revenu du Canada
Financière Sun Life
Groupe HLP
HEC
Logiciel Dr Tax
Planiste ltée
Premtec – Firme d'ingénierie crédits d'impôt en RS & DE
Publications CCH ltée
Revenu Québec
Thomson – Carswell

Tables réservées au banquet

Barsalou Lawson
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.
Fraser Milner Casgrain s.r.l.
Mendelsohn
Publications CCH ltée
Thomson – Carswell
Trust Banque Nationale

Insertions publicitaires

Fonds de solidarité FTQ
Les gens de Documents Xerox
Planiste ltée
Premtec – Firme d'ingénierie crédits d'impôt en RS & DE

Table des auteurs

ALTRO, David A.

*Souriez! L'IRS vous regarde – L'invasion de l'empire
américain.....* 41:18-26

AUGER, François

La consolidation fiscale d'un groupe corporatif..... 18:1-60

BÉLANGER, Gaétan

Expatriation d'employés et de dirigeants aux États-Unis..... 12:1-32

BÉLANGER, Nancy

Pot-pourri fiscal..... 25:27-61

BÉLANGER, Sophie

La planification post mortem des actionnaires dirigeants..... 4:1-38

BELLEY, Dominic C.

Jurisprudence récente..... 31:41-64

BERGERON, Paul Jr.

Table ronde sur la fiscalité provinciale..... 49:9-78

BERNARD, Gilles

*Panel sur les nouveautés en matière de vérification fiscale
et pot-pourri administratif.....* 33:71-77

BERTRAND, Patrick

*Revue des règles proposées sur les entités de placement
étrangères.....* 6:1-28

BILODEAU, Serge

*Modifications proposées des règles de sociétés étrangères
affiliées – Partie I.....* 26:1-40

BISSON, Gaétan

Table ronde sur la fiscalité provinciale..... 49:9-78

BISSON, Maurice

Table ronde sur la fiscalité fédérale..... 50:11-78

BROSSARD, Jules

*Panel sur les nouveautés en matière de vérification fiscale
et pot-pourri administratif* 33:60-63

CHABOT, Guy

Table ronde sur la fiscalité provinciale 49:9-78

CHAREST, Sylvain

Planification pour l'actionnaire dirigeant 2:1-30

CLOUTIER, Nicolas X.

*Responsabilité des administrateurs : pistes et solutions
tirées de la jurisprudence* 7:1-21

COALLIER, Yves

*Formalités administratives liées à l'exploitation
d'une entreprise aux États-Unis* 15:1-36

CÔTÉ, Jacques

Jurisprudence récente 31:1-40

CÔTÉ, Louis-Frédéric

Jurisprudence récente 31:65-72

DANSEREAU, Michel

*Panel sur les nouveautés en matière de vérification fiscale
et pot-pourri administratif* 33:1-36

DE LUCA, Albert G.

*Forum de discussion et d'échange sur les récentes publications
touchant la recherche et le développement* 34:26-40

DESAULNIERS, Claude P.

Pot-pourri fiscal 25:62-76

DESLONGCHAMPS, Carl

*Forum de discussion et d'échange sur les récentes publications
touchant la recherche et le développement* 34:1-10

DESROSIERS, Michelle

Table ronde sur les services financiers 48:1-22

DÉSY, Claude

Certaines opérations sur la Bourse de croissance TSX.....22:1-152

DUHAIME, Guy

Les conventions de retraite financées par un prêt levier 44:1-24

DULAC, Daniel

Étude de cas A – Financement de la PME 51:1-146

ELJARRAT, Stéphane

*Panel sur les nouveautés en matière de vérification fiscale
et pot-pourri administratif* 33:37-59

FLEURY, Pierre

Étude de cas A – Financement de la PME 51:1-146

GAGNÉ, Richard

Étude de cas A – Financement de la PME 51:1-146

GAGNON, France

*Sujets courants de fiscalité américaine à l'intention
des planificateurs successoraux*..... 5:1

GAGNON, Jocelyne

Table ronde sur les services financiers.....48:1-22

GAGNON, Nathalie

Étude de cas A – Financement de la PME 51:1-146

GAUDREAU, Bernard

Jurisprudence récente 31:1-40

GAUTHIER, Paule

*Prévoir l'imprévisible – Comparaison technique de
planification post mortem* 39:1-18
Table ronde sur les services financiers.....48:1-22

GÉLINAS, Éric

*Considérations relatives à l'introduction d'employés dans
l'actionnariat*.....8:1-29

GIROUX, François

*Détention d'un immeuble aux États-Unis : aspects fiscaux
américains et canadiens* 14:1-78

GODBOUT, Luc

*Le déséquilibre fiscal : qu'en est-il exactement? Le point sur
les relations financières intergouvernementales dans la fédération
canadienne* 17:1-90

GODIN, Alain

Table ronde sur la fiscalité fédérale 50:11-78

GOSSELIN, Daniel

Table ronde sur la fiscalité provinciale 49:9-78

GRÉGOIRE, Stéphane

Planification fiscale pour l'actionnaire dirigeant 2:1-30

GRENIER, Pierre D.

*Étude de cas B – La gestion des risques d'un gel successoral
dans le contexte des droits des actionnaires minoritaires* 52:1-74

GRONDIN, Yves-André

*Acquisition d'une entreprise aux États-Unis :
aspects à considérer* 13:1-42

GUÉRARD, Daniel

Taxe de vente américaine 11:1-48

HALPERIN, Richard E.

*Détention d'un immeuble aux États-Unis : aspects fiscaux
américains et canadiens* 14:1-78

HAMEL, Diane

Pot-pourri en assurance 42:1-19

JALBERT, Marie-Josée

Pot-pourri fiscal 25:27-61

JANKNECHT, Sophie

*Forum de discussion et d'échange sur les récentes publications
touchant la recherche et le développement* 34:11-25

JEANNOTTE, Louis

*Étude de cas B – La gestion des risques d'un gel successoral
dans le contexte des droits des actionnaires minoritaires* 52:1-74

KASSIE, Lynne

La fiducie est-elle à toute épreuve? 36:1-34

LABELLE, Éric

Exportation et faire affaire à l'étranger 16:1-16

LABELLE, Robert

*Panel sur les nouveautés en matière de vérification fiscale
et pot-pourri administratif* 33:64-70

LACHANCE, Hugues

Rémunération de l'actionnaire dirigeant..... 1:1-30

LACROIX, Denis

*Rapport du président du Comité sur les relations
gouvernementales fédérales* 50:5-10
Table ronde sur la fiscalité fédérale 50:11-78

LANIEL, Robert

*Le financement des conventions d'actionnaire en cas
d'invalidité* 45:1-16

LEBLANC, Stéphane

La planification successorale et ses conséquences connexes 28:1-18

LEFEBVRE, Wilfrid

Disposition générale antiévitement – Jurisprudence récente 32:1-24

LEMAY, Marcel

Table ronde sur la fiscalité fédérale 50:11-78

LÉONARD, Alain

Déductibilité des pertes et des intérêts 24:1-18

LEROUX, Jean-François

*Tendances dans l'industrie de l'assurance vie et répercussions
sur les produits* 43:1-16

LORD, Martin

*Budget fédéral 2004 : règles proposées sur les personnes
affiliées et les fiducies (comprenant les successions) 40:1-38*

MAIN, Christopher

Les fiducies de revenu et les lois canadiennes sur les fiducies 29:1-36

MARCASSA, Stéphane

*Développements récents et mise à jour en taxes à
la consommation 35:1-22*

MARCEAU, Yvan

*Forum de discussion et d'échange sur les récentes publications
touchant la recherche et le développement 34:50-66*

MARCOUX, Pierre

Incorporation des professionnels : aspects pratiques 30:1-46

MARQUIS, Hélène

La planification successorale d'un océan à l'autre 37:1-50

MARTEL, Luc

Les dons planifiés 3:1-52

MARTINEAU, Ghislain

Table ronde sur les services financiers 48:1-22

MARTINEAU, René

Table ronde sur la fiscalité provinciale 49:9-78

MEAGHER, Jane

Disposition générale antiévitement – Jurisprudence récente 32:1-24

MICHAUD, Jean-François

Pot-pourri en assurance 42:20-34

MORIN, Gaétan

*Transmission d'entreprises : point de vue du Fonds de
solidarité FTQ 8:1-14*

MORIN, Josée

Table ronde sur la fiscalité provinciale 49:9-78

MORRISSETTE, Isabeau

Table ronde sur la fiscalité fédérale 50:11-78

MUSTARD, Brian

*Modifications proposées des règles de sociétés étrangères
affiliées – Partie I*..... 26:1-40

NIKOLAKAKIS, Angelo

*Modifications proposées des règles de sociétés étrangères
affiliées – Partie II* 27:1

NOLAN, Bernard

*Forum de discussion et d'échange sur les récentes publications
touchant la recherche et le développement*..... 34:67-74

OUMET, Serge-Hugues

Pot-pourri fiscal 25:77-90

PARISEAU, Luc

Table ronde sur la fiscalité fédérale 50:11-78

PATENAUDE, Hugo

Personnes affiliées à une fiducie – Incidences pratiques 21:1-30

PELLAND, Ginette

Table ronde sur la fiscalité provinciale 49:9-78

PELLAND, Jean-François

*Mise à jour sur la déductibilité des intérêts et incidences sur
les stratégies financières* 46:1-18

PUGLIÈSE, Claudine

Rupture de mariage et fiscalité du propriétaire d'entreprise 38:1-34

PURDY, Lawrence

Déductibilité des pertes et des intérêts 24:19-22
Table ronde sur les services financiers 48:1-22

RAYMOND, Réjean

*Étude de cas B – La gestion des risques d'un gel successoral
dans le contexte des droits des actionnaires minoritaires* 52:1-74

RHEAULT, Michel

*Forum de discussion et d'échange sur les récentes publications
touchant la recherche et le développement.....* 34:41-49

RICHARD, Jean

*Souriez! L'IRS vous regarde – L'invasion de l'empire
américain.....* 41:1-17

ROY, René

Les sociétés de personnes : enjeux civils et répercussions fiscales..... 23:1-34

RYAN, Paul

*Rapport du président du Comité d'échanges
Revenu Québec – APFF.....* 49:1-7
Table ronde sur la fiscalité provinciale..... 49:9-78

SANTORO, Vitale A.

Les fiducies de revenu et les lois canadiennes sur les fiducies..... 29:1-36

SHARMA, Rashter V.

*Forum de discussion et d'échange sur les récentes publications
touchant la recherche et le développement.....* 34:50-66

TASSÉ, Louis

Le contrôle de fait – Développements récents..... 20:1-32

THIVIERGE, Manon

Pot-pourri fiscal..... 25:1-26

TREMBLAY, Daniel

*Assujettissement à l'impôt fédéral américain et à l'impôt
des États américains.....* 10:1-18

THUOT, Jean-François

Roulement dans un contexte de réorganisation..... 19:1-26

VEILLEUX, Julie

*Revue de la jurisprudence récente concernant la
responsabilité des représentants.....* 47:1-28

VIGNEAULT, Geneviève

Étude de cas A – Financement de la PME..... 51:1-146

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

1.	Rémunération de l'actionnaire dirigeant <i>Hugues Lachance</i>	1:1-30
2.	Planification fiscale pour l'actionnaire dirigeant <i>Sylvain Charest et Stéphane Grégoire</i>	2:1-30
3.	Les dons planifiés <i>Luc Martel</i>	3:1-52
4.	La planification <i>post mortem</i> des actionnaires dirigeants <i>Sophie Bélanger</i>	4:1-38
5.	Sujets courants de fiscalité américaine à l'intention des planificateurs successoraux <i>France Gagnon</i>	5:1
6.	Revue des règles proposées sur les entités de placement étrangères <i>Patrick Bertrand</i>	6:1-28
7.	Responsabilité des administrateurs : pistes et solutions tirées de la jurisprudence <i>Nicolas X. Cloutier</i>	7:1-21
8.	Considérations relatives à l'introduction d'employés dans l'actionnariat <i>Éric Gélinas</i>	8:1-29
9.	Transmission d'entreprises : point de vue du Fonds de solidarité FTQ <i>Gaétan Morin</i>	9:1-14
10.	Assujettissement à l'impôt fédéral américain et à l'impôt des États américains <i>Daniel Tremblay</i>	10:1-18
11.	Taxe de vente américaine <i>Daniel Guérard</i>	11:1-48

12. Expatriation d'employés et de dirigeants aux États-Unis	
<i>Gaétan Bélanger</i>	12:1-32
13. Acquisition d'une entreprise aux États-Unis : aspects à considérer	
<i>Yves-André Grondin</i>	13:1-42
14. Détention d'un immeuble aux États-Unis : aspects fiscaux américains et canadiens	
<i>François Giroux et Richard E. Halperin</i>	14:1-78
15. Formalités administratives liées à l'exploitation d'une entreprise aux États-Unis	
<i>Yves Coallier</i>	15:1-36
16. Exportation et faire affaire à l'étranger	
<i>Éric Labelle</i>	16:1-16
17. Le déséquilibre fiscal : qu'en est-il exactement? Le point sur les relations financières intergouvernementales dans la fédération canadienne	
<i>Luc Godbout</i>	17:1-90
18. La consolidation fiscale d'un groupe corporatif	
<i>François Auger</i>	18:1-60
19. Roulement dans un contexte de réorganisation	
<i>Jean-François Thuot</i>	19:1-26
20. Le contrôle de fait – Développements récents	
<i>Louis Tassé</i>	20:1-32
21. Personnes affiliées à une fiducie – Incidences pratiques	
<i>Hugo Patenaude</i>	21:1-30
22. Certaines opérations sur la Bourse de croissance TSX	
<i>Claude Désy</i>	22:1-152
23. Les sociétés de personnes : enjeux civils et répercussions fiscales	
<i>René Roy</i>	23:1-34

24. Déductibilité des pertes et des intérêts	
<i>Alain Léonard et Lawrence Purdy</i>	24:1-22
25. Pot-pourri fiscal	
<i>Manon Thivierge, Nancy Bélanger, Marie-Josée Jalbert, Claude P. Desautniers et Serge-Hugues Ouimet</i>	25:1-63
26. Modifications proposées des règles de sociétés étrangères affiliées – Partie I	
<i>Serge Bilodeau et Brian Mustard</i>	26:1-40
27. Modifications proposées des règles de sociétés étrangères affiliées – Partie II	
<i>Angelo Nikolakakis</i>	27:1
28. La planification successorale et ses conséquences connexes	
<i>Stéphane Leblanc</i>	28:1-18
29. Les fiducies de revenu et les lois canadiennes sur les fiducies	
<i>Vitale A. Santoro et Christopher Main</i>	29:1-36
30. Incorporation des professionnels : aspects pratiques	
<i>Pierre Marcoux</i>	30:1-46
31. Jurisprudence récente	
<i>Jacques Côté, Bernard Gaudreau, Dominic C. Belley et Louis-Frédéric Côté</i>	31:1-72
32. Disposition générale antiévitement – Jurisprudence récente	
<i>Jane Meaghe et Wilfrid Lefebvre</i>	32:1-24
33. Panel sur les nouveautés en matière de vérification fiscale et pot-pourri administratif	
<i>Jules Brossard, Stéphane Eljarrat, Michel Dansereau, Robert Labelle et Gilles Bernard</i>	33:1-77
34. Forum de discussion et d'échange sur les récentes publications touchant la recherche et le développement	
<i>Carl Deslongchamps, Sophie Janknecht, Albert G. De Luca, Michel Rheault, Yvan Marceau, Rashter V. Sharma et Bernard Nolan</i>	34:1-74

35. Développements récents et mise à jour en taxes à la consommation	
<i>Stéphane Marcassa</i>	35:1-22
36. La fiducie est-elle à toute épreuve?	
<i>Lynne Kassie</i>	36:1-34
37. La planification successorale d'un océan à l'autre	
<i>Hélène Marquis</i>	37:1-50
38. Rupture de mariage et fiscalité du propriétaire d'entreprise	
<i>Claudine Pugliese</i>	38:1-34
39. Prévoir l'imprévisible – Comparaison technique de planification <i>post mortem</i>	
<i>Paule Gauthier</i>	39:1-18
40. Budget fédéral 2004 : règles proposées sur les personnes affiliées et les fiducies (comprenant les successions)	
<i>Martin Lord</i>	40:1-38
41. Souriez! L'IRS vous regarde – L'invasion de l'empire américain	
<i>Jean Richard et David A. Altro</i>	41:1-26
42. Pot-pourri en assurance	
<i>Diane Hamel et Jean-François Michaud</i>	42:1-34
43. Tendances dans l'industrie de l'assurance vie et répercussions sur les produits	
<i>Jean-François Leroux</i>	43:1-16
44. Les conventions de retraite financées par un prêt levier	
<i>Guy Duhaime</i>	44:1-24
45. Le financement des conventions d'actionnaires en cas d'invalidité	
<i>Robert Laniel</i>	45:1-16
46. Mise à jour sur la déductibilité des intérêts et incidences sur les stratégies financières	
<i>Jean-François Pelland</i>	46:1-18

47.	Revue de la jurisprudence récente concernant la responsabilité des représentants	
	<i>Julie Veilleux</i>	47:1-28
48.	Table ronde sur les services financiers	
	<i>Jocelyne Gagnon, Paule Gauthier, Michelle Desrosiers, Ghislain Martineau et Lawrence Purdy</i>	48:1-22
49.	Rapport du président du comité d'échanges	
	Revenu Québec – APFF	
	<i>Paul Ryan</i>	49:5-7
	Table ronde sur la fiscalité provinciale	
	<i>Daniel Gosselin, Gaétan Bisson, Guy Chabot, Paul Ryan, Paul Jr. Bergeron, René Martineau, Josée Morin et Ginette Pelland</i>	49:9-78
50.	Rapport du président du Comité sur les relations gouvernementales fédérales	
	<i>Denis Lacroix</i>	50:5-10
	Table ronde sur la fiscalité fédérale	
	<i>Denis Lacroix, Marcel Lemay, Luc Pariseau, Maurice Bisson, Alain Godin et Isabeau Morrissette</i>	50:11-78
51.	Étude de cas A – Financement de la PME	
	<i>Pierre Fleury, Daniel Dulac, Richard Gagné, Nathalie Gagnon et Geneviève Vigneault</i>	51:1-146
52.	Étude de cas B – La gestion des risques d'un gel successoral dans le contexte des droits des actionnaires minoritaires	
	<i>Pierre D. Grenier, Louis Jeannotte et Réjean Raymond</i>	52:1-74

Liste des abréviations utilisées dans les index

ARC	Agence du revenu du Canada
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
PBR	Prix de base rajusté
PME	Petite et moyenne entreprise
REÉR	Régime enregistré d'épargne-retraite
SPCC	Société privée sous contrôle canadien
SPEQ	Société de placement dans l'entreprise québécoise
TPS	Taxe sur les produits et services
TVH	Taxe de vente harmonisée
TVQ	Taxe de vente du Québec

À moins d'indications contraires, les dispositions législatives mentionnées dans l'index par sujets réfèrent à la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Index par sujets

A

ACQUISITION D'ENTREPRISE

États-Unis, aux, voir ÉTATS-UNIS

ACTION

Émission d'actions à un employé TR Féd., 50:55-56 Q. 4.3

Financement par, voir FINANCEMENT

Option d'achat d'actions, voir **OPTION D'ACHAT D'ACTIONS**

Rachat

 dividende réputé, voir **DIVIDENDE**

Régime d'achat d'actions 8:13-14

ACTION PRIVILÉGIÉE

Impôt de la Partie IV.1 8:29-35

Impôt de la Partie VI.1 8:29-35

ACTIONNAIRE

Actionnaire dirigeant

 planification, éléments de 2:1-30

 planification *post mortem*, éléments de 4:1-37

 rémunération, voir **RÉMUNÉRATION**

Avance ou apport à la société, points « Air Miles » TR Qc, 49:27-28 Q. 1.10

Avantage à un, voir **ACTIONNAIRE, AVANTAGE**

Convention entre actionnaires, voir **CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES**

Droits 52:29-31

Minoritaire

 droits et recours, cas pratique 52:48-51, 60-66

 droits et recours, régime fédéral 52:31-41

 droits et recours, régime provincial 52:41-46

 hypothèque légale 52:47

ACTIONNAIRE, AVANTAGE

Automobile TR Féd., 50:60-63 Q. 5.2

 allocation raisonnable TR Féd., 50:63-64 Q. 5.3

Police d'assurance vie

 détenue par la société 42:11-15

Société à but unique TR Féd., 50:58-60 Q. 5.1

ACTIONNAIRE, AVANTAGE (suite)

Souscription d'une rente par une société de gestion..... TR Pr. Fin., 48:15-16 Q. 8

ADMINISTRATEUR

Responsabilité, voir **RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS**

ADMINISTRATION FISCALE

Américaine, voir **ÉTATS-UNIS**

Divulgence volontaire, voir **RECOUVREMENT**

DE L'IMPÔT

Évasion fiscale, voir **ÉVASION FISCALE**

Opposition, voir **OPPOSITION**

Ordre de rectification..... TR Féd., 50:66-67 Q. 6.2

Pénalités, voir **PÉNALITÉS**

Publication des lettres d'interprétation et

mémoires d'opinion..... TR Qc, 49:58-59 Q. 3.5

Remboursement d'impôt, voir **REMBOURSEMENT**

D'IMPÔT

Vérification, voir **VÉRIFICATION**

AGENCE DU REVENU DU CANADA

APFF, comité d'échanges avec l'ARC, rapport 50:5-7

Orientation de l'ARC..... 33:64-70

AIDE

Programmes d'aide dans le cadre d'un financement,
voir **FINANCEMENT**

AMORTISSEMENT, voir **DÉDUCTION POUR AMORTISSEMENT**

APPEL

Prorogation du délai..... 31:47-52

APPEL PUBLIC À L'ÉPARGNE

Financement de la PME, voir **FINANCEMENT**

ASSURANCE

Représentant, responsabilité, voir **RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE**

ASSURANCE (*suite*)

Soins de longue durée
prime payée par l'employeur..... TR Pr. Fin., 48:20-22 Q. 11

ASSURANCE INVALIDITÉ

Convention entre actionnaires, financement.....45:1-16
Deductibilité des primes et imposition des prestations..... TR Qc, 49:22-23 Q. 1.6

ASSURANCE MALADIES GRAVES

Prime payée par l'employeur..... TR Pr. Fin., 48:20-21 Q. 11

ASSURANCE VIE

Consolidation de l'industrie.....43:3-6
risques et conséquences.....43:10-16

Détenue par une société
avantage à l'actionnaire, voir **ACTIONNAIRE**,
AVANTAGE
rupture de la relation conjugale.....38:14-19

Don de bienfaisance, à titre de.....3:21-22,
42:3-5

Police

avance sur police TR Pr. Fin., 48:11-12 Q. 5
désignation de bénéficiaire..... 38:12
disposition 42:16-19
roulement à un ex-conjoint..... 38:13

Prime

déductibilité TR Pr. Fin., 48:5 Q. 1
Réassurance, consolidation de l'industrie.....43:6-9

AUTOMOBILE

Registre des déplacements d'une TR Qc, 49:11-12 Q. 1.2

B

BAIL

Convention de bail ou contrat de vente TR Féd., 50:77-78 Q. 7.4

BIEN

Transfert, voir **TRANSFERT DE BIENS**

Échange d'actions.....19:7-9

C

Financement public, voir **FINANCEMENT**

avance sur police	TR Pr. Fin., 48:11-12 Q. 5
Choix tardif.....	TR Oc. 49:23-25 Q. 1.7

provinces de common law	37:8-10, 12, 16, 19, 22, 25, 27-28, 31-32, 35, 38, 41, 43
Prestation compensatoire	38:10-11

Rupture, conséquences pour un propriétaire d'entreprise 38:1-34

Groupe corporatif, d'un 18:1-59

Convention de bail ou contrat de vente TR Féd., 50:77-78 Q. 7.4
Doctrines de rectification d'un TR Qc, 49:66 Q. 4.2
Erreur sur la considération principale TR Qc, 49:67-68 Q. 4.3

concept	18:12-13
option d'achat d'actions	TR Féd., 50:31-33 Q. 2.3
Contrôle de fait (<i>de facto</i>).....	18:14-15

CONTRÔLE, SOCIÉTÉ (suite)

jurisprudence 20:3-26
position de l’ARC.....20:27-30

CONVENTION D’ACHAT-VENTE

Impôt des Parties IV.1 et VI.1, impact 8:29-33

CONVENTION DE RETRAITE

Financement
prêt levier.....44:123

CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES

Clauses types 52:52-60
Financement
assurance invalidité 45:1-16
Importance de la, dans le cadre du financement de la
PME, voir **FINANCEMENT**
Impôt des Parties IV.I et VI.I, voir **ACTION PRIVILÉGIÉE;**
CONVENTION D’ACHAT-VENTE
Planification successorale, effet lors d’une 28:13-17
Rupture de la relation conjugale.....38:20-22
Unanime.....52:51

CONVENTION FISCALE

Retenue d’impôt sur intérêts et dividendes versés à un
non-résident TR Pr. Fin., 48:19-20 Q. 10

CONVENTION FISCALE CANADA/ÉTATS-UNIS

Résidence d’un particulier 12:10-12

COTISATION

Avoir net combiné, basée sur l’ 31:22-23
Échantillonnage, basée sur un.....31:61-63
Présomption de validité 31:60-64

COUR DU QUÉBEC

Compétence en matière de dommage exemplaire 31:37-40

CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET LE DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL

Cumul avec crédit d'impôt - nouvelle économie.....34:69-73

D

DÉCÈS

Conjoint, partage des biens
provinces de common law 37:12-44

Planification *post mortem*, voir **PLANIFICATION**

POST MORTEM

Rachat d'actions

personne affiliée, impact TR Pr. Fin., 48:16-19 Q. 9

Transfert d'actions d'une société

double imposition 4:4, 7-37

DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS, voir **FRAIS D'INTÉRÊT**

DÉDUCTION

Frais de comptabilité..... TR Qc, 49:42-43 Q. 2.2

Frais de financement, intérêts et pertes lors

d'un financement, voir **FINANCEMENT**

Frais de placement 25:77-89

TR Qc, 49:36-42 Q. 2.1

Primes d'assurance responsabilité à la cessation

de l'entreprise TR Qc, 49:49-50 Q. 2.6

DÉDUCTION POUR AMORTISSEMENT

Coût d'un bien 32:13-18

Demande de révision de l'amortissement..... TR Qc, 49:43-46 Q. 2.3

Disposition du bien, moment de la 31:16-18

DÉDUCTION POUR GAINS EN CAPITAL

Action admissible de petite entreprise

action prescrite 28:5-7

DÉPENSES

Refusées, fardeau de preuve au contribuable 31:68-71

DÉSÉQUILIBRE FISCAL, voir **FINANCES PUBLIQUES**

DISPOSITION GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

Abus de la loi	32:4-13, 20-21
Avantage fiscal	32:13-18
Champ d'application.....	32:19-23
Série d'opérations	31:9-11

DIVIDENDE

Réputé	
rachat d'actions, lors d'un	TR Féd., 50:38-40 Q. 2.5
Prescrit, sens de, voir IMPÔT DE LA PARTIE IV	

DIVIDENDE DISCRÉTIONNAIRE

Société rattachée, impact lors du versement d'un	TR Féd., 50:27-28 Q. 2.1

DIVORCE

Fiducie, droits provenant d'une, voir **FIDUCIE**

DIVULGATION VOLONTAIRE, voir RECOUVREMENT DE L'IMPÔT

DON DE BIENFAISANCE

Assurance vie, voir ASSURANCE VIE	
Définition	3:4-8
dons admissibles, exemples.....	3:18-28
Dîner-bénéfice	3:19-21
Dons planifiés	3:3-51
valeurs mobilières cotées en Bourse	TR Qc, 49:69-70 Q. 4.5
Montant admissible.....	3:8-18
Police d'assurance vie.....	3:21-22
REÉR	3:28
Rente	3:24-27
Rente, à des fins de bienfaisance	42:6-10
Traitement fiscal	3:29-47

DROIT CIVIL

Contrat, voir CONTRAT	
Fiducie, voir FIDUCIE	
Société de personnes.....	23:3-20

DROIT SUR LES MUTATIONS IMMOBILIÈRES, voir IMMEUBLE

E

ÉCHANGE D' ACTIONS, voir RÉORGANISATION, SOCIÉTÉ

ÉMIGRATION

Disposition réputée des biens	12:23-25, 26, 27
Imposition au départ, dette fiscale et garantie	TR Qc, 49:46-47 Q. 2.4

EMPLOYÉ

Vente de clientèle par l'	TR Qc, 49:12-15 Q. 1.3

EMPLOYÉ, AVANTAGE

Automobile	
allocation raisonnable.....	TR Féd., 50:63-64 Q. 5.3

ENTITÉ DE PLACEMENT ÉTRANGÈRE

Définitions

entité de placement étrangère	6:5-10
participation désignée	TR Féd., 50:16-18 Q. 1.4
participation déterminée	6:15
participation exempte	6:11-13
Développement administratif.....	6:25-26
Double imposition	6:24
Historique	6:3-4
Régime à la valeur du marché	6:17-21
Régime d'attribution annuelle	6:21-23
Régime du revenu imputé.....	6:14-17

ENTREPRISE

Acquisition aux États-Unis, voir ÉTATS-UNIS

Financement de la PME, voir FINANCEMENT

Transmission d'une entreprise à des employés	
régimes d'intéressement	8:3-28
Transmission d'une entreprise familiale	
financement, fonds FTQ.....	9:3-13

ÉTABLISSEMENT STABLE

Modèle de convention de l'OCDE	16:5-10

ÉTATS-UNIS

Acquisition d'une entreprise américaine par une société américaine.....	13:3-42
acquisition imposable.....	13:4-14, 37-41
acquisition non imposable.....	13:15-32
attributs fiscaux report.....	13:36-37
contexte transfrontalier.....	13:33-36
Administration fiscale	
déclarations de revenus corporatives.....	15:3-14
déclarations de revenus des particuliers en affaires	15:3-6, 14-23
intérêts	15:35
pénalités.....	15:24-34
Immeuble	
détenu par un particulier, décès.....	41:21-25
détenu par un particulier, disposition	41:18-20
Immeuble de villégiature	
détention, structures	14:69-77
Immeuble locatif, détention	
compagnie américaine, par une.....	14:36-48, 68-69
compagnie canadienne, par une	14:49-67
individu, par un	14:4-35
Imposition des États.....	10:11-17
Imposition fédérale d'un individu, particularités.....	12:12-20
Imposition fédérale des sociétés.....	10:3-11
Régime de retraite américain	
401(k) Plan	12:16, 29-30
Résidence d'un particulier	12:7-10
Retenue d'impôt, paiement à un étranger non résident	41:3-10
convention de mandataire autorisé.....	41:10-17
Taxe de vente.....	11:1-48
aspects administratifs	11:40-47
biens et services assujettis.....	11:13-21
<i>drop shipment</i>	11:39-40
entrepreneur en construction	11:37-38
exemptions	11:21-31
imprimeur	11:36
<i>nexus</i>	11:7-12
prix de vente.....	11:32-33
Taxe d'utilisation.....	11:34-35
Transfert d'un employé, incidences.....	12:5-31

ÉVALUATION

Logiciel.....	31:8-12

ÉVASION FISCALE

Revenu Québec

programmes pour contrer l' 33:71-77

F

FIDUCIE

Affiliation à une fiducie..... TR Pr. Fin., 48:16-19 Q. 9

Attribution de biens

gain en capital..... TR Féd., 50:26 Q. 1.10

résidence principale..... TR Féd., 50:11-13 Q. 1.1

Bénéficiaire

détention d'actions par la fiducie TR Féd., 50:14-15 Q. 1.2

« droit de bénéficiaire »..... TR Féd., 50:24-25 Q. 1.9

perte, utilisation..... TR Pr. Fin., 48:13-15 Q. 7

revenu d'intérêt réputé TR Pr. Fin., 48:12-13 Q. 6

Divorce

divisibilité des droits provenant d'une 36:13-23

Droit civil..... 36:4-9

Droit de la famille, impact 36:3-33

Employeur, créée par un, au bénéfice d'employés 8:14-20

Fiduciaire

détention d'actions pour un employé TR Féd., 50:15-16 Q. 1.3

revenus 36:27-30

Personne affiliée 4:29-32

21:3-21

40:4-6, 12-38

incidences pratiques 21:22-28

Règles d'attribution

par. 75(2) 25:27-61

TR Féd., 50:21-22 Q. 1.6

TR Féd., 50:22-23 Q. 1.7

TR Féd., 50:23-24 Q. 1.8

Société, au bénéfice exclusif d'une TR Féd., 50:18-21 Q. 1.5

Sociétés associées TR Féd., 50:14-15 Q. 1.2

FIDUCIE DE REVENU

Aperçu..... 29:3-5

Cadre juridique 29:5-6

modifications 29:29-35

Responsabilité..... 29:11-29

Structure..... 29:6-10

FINANCEMENT

Ange investisseur.....	51:68-74
Appel public à l'épargne.....	51:63-68, 116-122
Capital-actions, par le	51:105-110
Capital de risque	51:57-59, 77-90
Capital de risque public	
aspects financier et réglementaire	22:5-49
aspects fiscaux	
disposition des titres de la société résultante.....	22:61-67
placements admissibles	22:90-116
roulement.....	22:67-90
statut fiscal de la société.....	22:49-61
Convention entre actionnaires, importance	51:24-35, 74-75
Déductibilité	
frais de financement	51:90-93
intérêts	51:59-63
pertes	51:46-51
Démarrage, au	51:51-76, 144
Expansion du marché, à l'	51:116-122
Frais de financement remboursés, déductibilité	TR Féd., 50:43-45 Q. 2.8
Liens entre sociétés, impacts fiscaux.....	51:19-24, 93-94
Mode de détention des actions.....	51:18-19, 143
Production et mise en marché, à la	51:111-116, 146
Programme immigrants investisseurs.....	51:75-76
Programmes d'aide	51:36-46, 130-131
Recherche et développement	51:76-110, 145
crédits d'impôt.....	51:94-104
REÉR, avec le	51:52-57
Société de capital de démarrage, voir aussi	
MARCHÉ BOURSIER	51:115-116
Structures de financement.....	51:10-16, 123-129
Taxe sur le capital et.....	51:104-105
Types de financement.....	51:16-18, 111-115, 132-142

FINANCES PUBLIQUES

Déséquilibre fiscal	
définition	17:5-18
reconnaissance.....	17:55-77
solution	17:78-87
source	17:19-54

FRACTIONNEMENT DU REVENU

Conjoints, entre.....	2:4-15
Enfants	2:18-23
Impôt sur le revenu fractionné.....	2:15-17

FRACTIONNEMENT DU REVENU (*suite*)

Gel successoral, voir **GEL SUCCESSORAL**

FRAIS D'INTÉRÊT

Déductibilité

acomptes provisionnels, avis de cotisation	TR Qc, 49:20-21 Q. 1.5
arrêt <i>Gifford</i>	24:3-7
consultations, Finances Canada.....	24:19-21
dispositions provinciales	46:13-15
emprunt pour achat d'actions ordinaires	8:11-12
emprunt pour combler un vide	TR Féd., 50:40-42 Q. 2.6
fusion ou liquidation, à la suite d'une	TR Féd., 50:50-51 Q. 3.4
IT-533	24:8-18
	46:11-13
IT-533 et position de Revenu Québec.....	TR Qc, 49:11 Q. 1.1
planification financière, incidences pratiques	46:3-17
prêts intersociétés	18:45-51
source de revenus	31:23-26

FRAIS DE FINANCEMENT, voir FINANCEMENT

FRAIS FINANCIERS

Émission d'actions, dans le cadre de l', déductibilité.....	TR Féd., 50:42-43 Q. 2.7

FUSION

Moment de la fusion	TR Féd., 50:49-50 Q. 3.3

FUSION OU LIQUIDATION

Déductibilité des intérêts, voir **FRAIS D'INTÉRÊT**

Perte, utilisation	18:19-30

G

GAIN EN CAPITAL

Présomption de, par. 55(2)

rachat d'actions	31:31-36

GEL SUCCESSORAL

Actions de croissance

détention par un employé-clé	TR Féd., 50:34-38 Q. 2.4

GEL SUCCESSORAL (suite)

Rupture du mariage, impact.....	37:15, 18-19, 21-22, 24-25 27, 30-31, 34, 37-38, 41, 42, 46, 47-50
Techniques.....	52:12-21
cas pratique.....	52:21-28, 60-66
Transfert d'une entreprise employeur à ses employés.....	8:20-26
Transfert d'une entreprise familiale techniques de gel.....	2:23-29

I

IMMEUBLE

Droit sur les mutations immobilières planification successorale, effet lors d'une	28:11-13
société de personnes	23:30-33
États-Unis, détention, voir ÉTATS-UNIS	

IMPÔT DE LA PARTIE I.3, voir IMPÔT DES GRANDES SOCIÉTÉS

IMPÔT DE LA PARTIE IV

Assujettissement	TR Qc, 49:32-34 Q. 1.14
Dividende prescrit, sens de.....	TR Qc, 49:31-32 Q. 1.13

IMPÔT DES GRANDES SOCIÉTÉS

Capital imposable actif corporel d'une société d'assurances.....	TR Féd., 50:28-31 Q. 2.2
Déduction pour placements	25:9-11

INCORPORATION

Professionnel, d'un, voir **PROFESSIONNEL**

INTÉRÊT, voir FRAIS D'INTÉRÊT

J

JUSTE VALEUR MARCHANDE

Logiciel, voir **ÉVALUATION**

L

LÉGISLATION FISCALE

Modification rétroactive, voir **MODIFICATIONS LÉGISLATIVES**

LIEN DE DÉPENDANCE

Concept 18:17-18

LIQUIDATION

Filiale
 majoration du PBR 4:15-28
 présomption de règlement de dette..... TR Féd., 50:45-47 Q. 3.1
 retenue à la source, paiement TR Féd., 50:47-48 Q. 3.2

**LOI CONCERNANT LES DROITS SUR LES MUTATIONS
IMMOBILIÈRES, voir IMMEUBLE**

LOI SUR LES CENTRES FINANCIERS INTERNATIONAUX

Politique du ministère des Finances TR Qc, 49:70-77 Q. 4.6

M

MARCHÉ BOURSIER

Bourse de croissance TSX
 investissement dans le capital de risque public,
 voir **FINANCEMENT**
 opération de mise en Bourse 22:15-23
 options d’achat de titres, traitement fiscal..... 22:116-152
 programme des sociétés de capital de démarrage 22:23-49

MARIAGE

Rupture, conséquences pour un propriétaire d’entreprise 38:1-34
Rupture, partage des biens
 provinces de common law..... 37:5-50

MODIFICATIONS LÉGISLATIVES

Rétroactives 25:62-76
 TR Qc, 49:63-65 Q. 4.1

N

NON-CONCURRENCE, CLAUSE OU ENGAGEMENT

Paieement pour, traitement fiscal	TR Qc, 49:47-48 Q. 2.5
	TR Féd., 50:56-58 Q. 4.4

NON-RÉSIDENT

Planification successorale, effet lors d'une	28:8-11

O

OPPOSITION

Avis d'opposition	
délai de traitement	TR Qc, 49:62-63 Q. 3.8
grande société	TR Qc, 49:59-61 Q. 3.6
	TR Féd., 50:67-71 Q. 6.3
Taux de règlement des avis d'	TR Qc, 49:61-62 Q. 3.7

OPTION D'ACHAT D'ACTIONS

Avantage à un employé	
déduction	8:6-7
retenue à la source	TR Féd., 50:51-52 Q. 4.1

Bourse de croissance TSX, à la, voir

MARCHÉ BOURSIER

Consultant, conférée à un	TR Féd., 50:52-54 Q. 4.2
Prêt à un employé	8:11-12
Régime d', mise en place, éléments à considérer	TR Qc, 49:15-19 Q. 1.4
Société de gestion, transfert des actions à une	8:7-10
SPCC	8:4-5

ORGANISME À BUT NON LUCRATIF

Mutuelle d'assurances	TR Féd., 50:73-74 Q. 7.2

ORGANISME DE BIENFAISANCE

Don, voir **DON DE BIENFAISANCE**

Modifications législatives, sommaire 1994-2004	3:49-51
Réforme de la réglementation, harmonisation	TR Qc, 49:68-69 Q. 4.4

P

PAIEMENT INCITATIF

Remise en argent dans le cadre d'un financement..... TR Qc, 49:34-35 Q. 1.15

PATRIMOINE FAMILIAL

Partage
actifs en fiducie 36:24-25

PÉNALITÉS

Pénalité pour production tardive..... 31:57-58
TR Qc, 49:55-56 Q. 3.3
TR Féd., 50:65-66 Q. 6.1
Pénalité pour négligence flagrante..... 31:57-58, 68-71

PENSION ALIMENTAIRE

Enfant, pour 38:7-8
Ex-conjoint, pour 38:7-8
TR Pr. Fin., 48:15-16 Q. 8
résidant à l'étranger TR Qc, 49:50-51 Q. 2.7
Fixation
revenus d'une fiducie 36:25-27
Paiement à un tiers..... 38:8-10

PERSONNE AFFILIÉE, voir CONTRÔLE, SOCIÉTÉ; FIDUCIE

PERTE

Fiscale, utilisation
fiducie TR Pr. Fin., 48:13-15 Q. 7
groupe corporatif 18:19-59
Minimisation des pertes
personnes affiliées 4:28-32

PLANIFICATION FINANCIÈRE PERSONNELLE

Frais d'intérêt, déductibilité, voir FRAIS D'INTÉRÊT

PLANIFICATION *POST MORTEM*

Cadre corporatif, éviter double imposition 4:7-37
Cadre corporatif, éviter l'affiliation 40:6-11, 36-37
Considérations non fiscales 4:5-6, 34

PLANIFICATION *POST MORTEM* (suite)

Enjeu	
éliminer double imposition.....	39:3-6, 16-17
Stratégie	
éliminer dividende.....	39:11-16
éliminer gain en capital	39:6-11

PLANIFICATION SUCCESSORALE

Conséquences sur aspects connexes	28:1-18

POLITIQUE FISCALE, voir aussi FINANCES PUBLIQUES

Consolidation fiscale d'un groupe corporatif	18:51-57

PRESTATION COMPENSATOIRE, voir CONJOINT

PRÊT

Convention de retraite, pour financer une, voir CONVENTION DE RETRAITE	
Société de personnes, à une pour une société, par. 15(2).....	TR Pr. Fin., 48:9-11 Q. 4

PROFESSIONNEL

Exercice en société	
aspects fiscaux.....	30:7-11
aspects légaux.....	30:12-25, 33-44
conversion	30:26-28, 45-46
déontologie	30:28-31
loi constitutive, présentation	30:3-6

R

RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL

Activités admissibles	
avancement technologique	34:60
nature de l'activité.....	34:59-60
travaux de génie	34:50-51
ARC, application uniforme des politiques.....	34:54, 63
Crédit d'impôt, voir CRÉDIT D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET LE DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL	

RECHERCHE SCIENTIFIQUE ET DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL (*suite*)

Dépenses	
logiciel	34:66
main-d'œuvre	34:41-49, 66
main-d'œuvre, perte d'efficacité	34:55-56
non-déduites, transfert du solde	34:68-69
paiement contractuel	34:64-66
production commerciale avec développement expérimental	34:29-32, 52, 53, 54-55
production expérimentale	34:26-40, 53, 54-55
sous-traitance	34:68
Documentation	
essai en usine	34:57
Essai en usine	34:57, 58-59
Financement de la PME, voir FINANCEMENT	
Industrie du plastique	34:7-10
Industrie des pâtes et papiers	34:34-39, 51, 58
Industrie des produits chimiques	34:11-25
Industrie pharmaceutique	
test clinique	34:73-74
Paiement à un tiers	34:63-64
Société associée	34:67-68
Traitement d'une réclamation	
délai	34:60-61
processus d'examen	34:61-62, 63

RECouvrement de l'impôt

Avis d'opposition, statut de grande société	TR Qc, 49:59-61 Q 3.6 TR Féd., 50:67-71 Q. 6.3
Divulgaration volontaire	33:60-63, 70
volume	TR Qc, 49:56-57 Q. 3.4
Suspension des mesures	31:52-53

RÉGIME D'OPTION D'ACHAT D'ACTIONS, voir **OPTION D'ACHAT D'ACTIONS**

RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE

Bénéficiaire	
désignation	38:11
Capital de risque, placements admissibles	22:90-116
Émigration aux États-Unis	12:21-22, 28
Financement avec le, voir FINANCEMENT	
Insaisissabilité	31:26-30 42:20-33

RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE (suite)

Placement admissible
actions d'une société privée 8:27-28

RÉGIMES MATRIMONIAUX

Description, provinces de common law..... 37:10-11, 12-44
Distinction entre droit civil et common law 36:10-13

RÈGLES D'ATTRIBUTION

Fiducie, par. 75(2).....25:27-61
Rupture de la relation conjugale, effet sur les biens transférés 38:24-26

REMBOURSEMENT D'IMPÔT

Au-delà de trois ans TR Qc, 49:53-55 Q. 3.2

REMISE DE DETTES

Dette de TPS ou TVQ..... TR Qc, 49:28-29 Q. 1.11

RÉMUNÉRATION

Actionnaire dirigeant
bonis et raisonabilité..... 1:8-18
dividende converti en gain en capital 1:19-26
intégration..... 1:4-7, 27-30
Engagement de non-concurrence, voir **NON-CONCURRENCE,**
CLAUSE OU ENGAGEMENT

RENTE

Bienfaisance, à des fins de.....42:6-10
Contrat de rente émis par un assureur
insaisissabilité.....42:28-33

RÉORGANISATION, SOCIÉTÉ

Réorganisation étrangère, voir **SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE**
Roulement
échange d'actions 19:4-19
prise de contrôle, paiement en actions 19:20-26
Statutaire, voir **FUSION OU LIQUIDATION**

RÉSIDENCE

États-Unis, critères, voir ÉTATS-UNIS	
Particulier, détermination	12:5-7

RÉSIDENCE PRINCIPALE

Émigration, disposition au moment de l'..... 12:27-28
Fiducie, détenue par une..... TR Féd., 50:11-13 Q. 1.1

RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

Administrateur	31:42-43
démission	7:10-12
sans consentement	31:41-42
types	7:5-9
Diligence raisonnable	7:12-20
	31:43-46

RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE

Représentant en assurances.....	47:1-28
décisions disciplinaires.....	47:13-27
jurisprudence	47:3-12

REVENU DE PLACEMENT

Frais de placement, limite à la déduction	25:77-89

REVENU GAGNÉ

Calcul	
crédit d'impôt à l'investissement, impact	TR Qc, 49:25-26 Q. 1.8
revenu gagné au Québec	TR Qc, 49:26-27 Q. 1.9
roulement des actions	31:12-15

REVENU PROTÉGÉ, voir REVENU GAGNÉ

REVENU QUÉBEC

APFF, comité d'échanges avec Revenu Québec, rapport..... TR Qc, 49:5-7

ROULEMENT

Réorganisation, dans un contexte de, voir

RÉORGANISATION

S

SAISIE ET PERQUISITION

Bien insaisissable, sur un	31:55-56
Contestation d'une saisie	31:53-54

SOCIÉTÉ

Avance ou apport à la, voir **ACTIONNAIRE**

Faire affaire à l'étranger aide-mémoire	16:3-16

Liée, impacts fiscaux dans le cadre d'un financement,
voir **FINANCEMENT**

SOCIÉTÉ ASSOCIÉE

Concept	18:15-16
Exercice financier différent	34:67-68
Impacts fiscaux dans le cadre d'un financement, voir FINANCEMENT	
Planification successorale, effet lors d'une	28:3-5

SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Caractéristiques fiscales	23:21-29
Droits sur les mutations immobilières, voir IMMEUBLE	
Personnalité juridique	23:12-20
Prêt à une, voir PRÊT	
Publicité légale	23:10-12
Types de	23:4-9

SOCIÉTÉ DE PLACEMENT DANS L'ENTREPRISE QUÉBÉCOISE

SPEQ-Employé	TR Féd., 50:74-77 Q. 7.3

SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE

Distribution d'actions libre d'impôt	TR Pr. Fin., 48:6-7 Q. 2
	TR Pr. Fin., 48:7-9 Q. 3

SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE AFFILIÉE

Associé déterminé et associé admissible	26:6-12
Choix global	26:37-39
Contrôlée	6:11
	26:20-23

SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE AFFILIÉE (*suite*)

Devise étrangère	26:13-20
Entreprise de placement.....	26:32-36
Participation admissible.....	26:3-6
Revenu provenant d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement	26:27-30
Revenu provenant d'une entreprise exploitée activement	26:23-26, 31
Surplus exonéré	TR Féd., 50:71-73 Q. 7.1

SOCIÉTÉ LIÉE, voir CONTRÔLE, SOCIÉTÉ; SOCIÉTÉ

SOCIÉTÉ PRIVÉE SOUS CONTRÔLE CANADIEN

Option d'achat d'actions détenue par un non-résident	TR Féd., 50:31-33 Q. 2.3

SOCIÉTÉ RATTACHÉE

Concept.....	18:16-17
Dividende discrétionnaire.....	TR Féd., 50:27-28 Q. 2.1

SUCCESSION

Personne affiliée	40:12-38

T

TAXE DE VENTE

États-Unis, aux, voir **ÉTATS-UNIS**

TAXE DE VENTE DU QUÉBEC

Administration	
cotisation à l'encontre de l'acquéreur	35:14-17
divulgaration volontaire	35:10-11
industrie du vêtement	35:9-10
prescription.....	35:11
Dette de TVQ et remise de dettes	TR Qc, 49:28-29 Q. 1.11
Mauvaises créances	35:21
Remboursement de taxe sur les intrants	
bien immobilier destiné à la vente.....	31:7-8
.....	35:20-21
documentation requise.....	35:11, 13-14
remboursement de dépenses.....	35:18-19
taxe payée par erreur	35:19-20
Service d'appel d'urgence 911	35:6

TAXE DE VENTE DU QUÉBEC (suite)

Service municipal de transport	35:7-8

TAXE SUR LE CAPITAL

Assujettissement	
établissement au Québec	25:22-26
Capital versé, calcul	
chèque en circulation.....	25:12-14
déduction	25:7-8
disposition générale antiévitement	25:8-10
prêt et avance.....	25:15-22
Facteurs à considérer lors d'un financement, voir FINANCEMENT	

TAXE SUR LE CAPITAL, QUÉBEC

Proposition concordataire et	TR Qc, 49:29-30 Q. 1.12

TAXE SUR LES ASSURANCES

Obligations des entreprises.....	35:8

TAXE SUR LES CARBURANTS

Perception par anticipation	31:58-59

TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES

Administration	
cotisation à l'encontre de l'acquéreur	35:14-17
divulcation volontaire	35:10-11
nouvel identifiant TPS/TVH	35:9
prescription	35:11
Crédit de taxe sur les intrants	
documentation requise.....	35:11-14
taxe payée par erreur	35:19-20
TPS impayée	31:65-66
Dette de TPS et remise de dettes	TR Qc, 49:28-29 Q. 1.11
Exploitation d'une entreprise au Canada	35:22
Mauvaises créances	35:21
Pénalité	
diligence raisonnable.....	31:66-68
Remboursement intégral de TPS aux municipalités	35:3-6
Société de personnes.....	23:28-29

TRANSFERT D’ENTREPRISE, voir ENTREPRISE

TRANSFERT DE BIENS

Entreprise, d’une..... 18:33-35

Ex-conjoint, entre
actions ou actifs d’un propriétaire d’entreprise..... 38:27-33

Gain latent, avec 18:32

V

VÉRIFICATION

Contenu de l’ordinateur TR Qc, 49:51-53 Q. 3.1

VÉRIFICATION ET ENQUÊTE

Demande péremptoire (de renseignements) 31:18-21
33:14, 17-18, 35, 41, 52-53, 67, 69

Distinction entre vérification et enquête 33:42-45

application de l’arrêt *Jarvis* 33:7-36, 45-59

position de l’ARC..... 33:66-67

Mandat double de l’ARC..... 33:38-41

Index par articles de lois et de règlements

Liste des lois et règlements contenus dans cet index :

- Charte canadienne des droits et libertés
- Code civil du Bas-Canada
- Code civil du Québec
- Code criminel
- Code des professions
- Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis
- Internal Revenue Code
- Loi canadienne sur les sociétés par actions
- Loi concernant la taxe sur les carburants
- Loi concernant les droits sur les mutations immobilières
- Loi constitutionnelle de 1867
- Loi de l'impôt sur le revenu
- Loi sur l'intérêt
- Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales
- Loi sur la taxe d'accise
- Loi sur la taxe de vente du Québec
- Loi sur le ministère du Revenu
- Loi sur le régime de pensions du Canada
- Loi sur les assurances
- Loi sur les compagnies
- Loi sur les impôts

- Loi sur les intermédiaires de marché
- Loi sur les valeurs mobilières
- Règlement de l'impôt sur le revenu
- Règlement sur les impôts

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la loi constitutionnelle de 1982, constituant l’annexe B de la loi de 1982 sur le Canada, L.R.C. (1985), app. II, n° 44

7	33:12-13, 17, 26-28, 29, 35, 43-45, 46-47, 53-54
8	31:18, 20
	33:12-13, 26-28, 29, 43-45, 46, 53-54, 56
24	31:37-40
	33:32
24(1).....	33:28, 44-45
24(2).....	33:26, 28, 30, 44-45, 48-49

Code civil du Bas-Canada

352	23:12, 15
399	23:14, 15
1980	23:14

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

2	29:12
25, al. 2	34:74
298	23:13
316	52:43
317	31:54
449	36:10-11
450	36:10-11
909	25:35
1015	23:19
1260	21:15, 17
	36:5
	42:23
1261	36:5
1274	29:27, 28-29
1278	29:26
1287	52:27
1292	29:14, 26, 35
1294	25:36-37
1322	29:13-14, 26
1400	TR Qc, 49:67 Q. 4.3
1457	52:45
1622	52:55
1623	52:55-56
1660	25:17
1661	25:17
2085	34:74
2098	34:74
2130	29:26

Code civil du Québec (suite)

2186	23:4, 20
2188	23:14
2189	23:5, 8, 12
2199	23:19, 20
2221	23:6, 17, 18, 20
	51:12
2236	23:7
2367	31:29
	42:21
2372	42:29
2379	42:29
2457	42:28-29
2692	51:73
2724(4°)	52:47
2730	52:47
2748, al. 2	52:47
3170	29:26

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46 et mod.

347	51:72

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

33	52:42, 44, 45, 50
553(4).....	31:55-56

Code des professions, L.R.Q., c. C-26

94p).....	30:12, 14, 17-18, 19
187.17	30:30

Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, S.C. 1984, c. 20 et mod.

V	10:7-8
VI	14:5
VII.....	14:5
X(6).....	14:50
XXIX B.....	14:35, 71
XXIX B(2).....	14:30
XXIX B(3).....	14:32
XXIX B(4).....	14:32
XXIX B(6).....	14:34, 48
XXIX B(8).....	14:28

Internal Revenue Code of 1986 et mod.

121	12:27
151	12:15,16
163(j).....	13:40-41
267(a)(3)	13:41
338	13:9-11
338(g).....	13:9-10
338(h)(10)	13:12-14
354	13:28, 30
355	13:21, 28
	TR Pr. Fin., 48:6 Q. 2
	TR Pr. Fin., 48:7-8 Q. 3
356	13:30-31
358	13:31
367(a).....	13:33-36
367(b).....	13:33, 35-36
368	11:29
	13:15-29, 33
368(a)(2)	13:24-27
381	13:36-37
382	13:36-37
383	13:36-37
385	13:38-40
401(k).....	12:16, 23, 26, 29-30
501	11:23
864	10:5-6
871(a).....	14:6
	41:5
871(b).....	14:5
881(a).....	41:5
882	15:12
884	10:9
884(b).....	14:50
897	14:18
	41:18
1060	13:4
1441	15:22
	41:5
1442	41:5
1445	41:19-20
2106	41:22
3403	41:6
3406	41:6
6011	15:3, 15
6012	15:15
6012(a)(2)	15:7
6013(g).....	15:6

Internal Revenue Code (*suite*)

6013(h).....	15:6
6017	15:16
6060	15:34
6072(b).....	15:8
6081(a).....	15:9
6081(b).....	15:9
6107(a).....	15:33
6107(b).....	15:33
6151(a).....	15:20
6151(b).....	15:21
6402(b).....	15:22
6651(a).....	15:24-25
6651(b).....	15:24
6651(f).....	15:25
6651(h).....	15:25
6656(a).....	15:29
6656(b).....	15:30
6662(a).....	15:27
6662(b).....	15:27, 29
6663(a).....	15:29
6663(c).....	15:28
6664(b).....	15:29
6695(a).....	15:33
6695(f).....	15:34
6713(a).....	15:35
7503	15:17

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

6	30:17
10(1).....	30:16
20(4).....	52:30
21(1).....	52:30
26(2).....	TR Féd., 50:55 Q. 4.3
137	52:40-41
155	52:30
190	52:40
213	52:37
214	52:37-38
229	52:31, 36, 39, 43
239	52:32
240	52:36
241	52:32-37, 38, 44, 49-50
242(1).....	52:32
243	52:36
247	52:36, 39-40

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

51.1(3).....	31:59

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

19(1)a).....	23:31-32
19(1)b)	23:31-32
19(1)f).....	23:33
20	28:11-12

Loi constitutionnelle de 1867, (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3

92(2).....	31:59

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

3.1	18:41, 48
	24:3, 18, 19-21
	51:48-51, 59-60, 105
5(1).....	22:130
6(1)a).....	22:130
	TR Pr. Fin., 48:20-22 Q. 11
6(1)b)	TR Féd., 50:60-62 Q. 5.2
	TR Féd., 50:63-64 Q. 5.3
6(1)f).....	TR Pr. Fin., 48:20-22 Q. 11
6(1)g)	8:15-17, 18
6(2).....	TR Féd., 50:60-62 Q. 5.2
6(3).....	TR Féd., 50:57 Q. 4.4
7	8:3-20
	19:17
	22:114, 119, 122-123, 128-131,
	137, 139, 145-146, 150
	TR Qc, 49:15-16 Q. 1.4
	TR Féd., 50:52-54 Q. 4.2
7(1).....	22:123, 133-134, 152
7(1)a).....	TR Féd., 50:52 Q. 4.1
7(1)b)	22:129, 131, 140
7(1)c).....	22:114, 139
7(1.1).....	8:4-5, 7-8, 10
	22:123, 131, 133, 137, 139, 146, 152
7(1.3).....	8:4
7(1.4).....	22:137, 140, 142
7(1.4)c).....	22:142
7(1.4)e).....	22:142
7(1.5).....	8:7-10
	19:18-19
7(1.7).....	22:131

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

7(2).....	8:14, 15, 20 TR Féd., 50:15-16 Q. 1.3
7(3).....	TR Qc, 49:16 Q. 1.4
7(3)b)	22:130-131
7(5).....	22:146
7(8).....	22:120, 124, 127, 137 TR Féd., 50:51-52 Q. 4.1
7(10).....	22:124
7(15).....	TR Féd., 50:52 Q. 4.1
8(1)f).....	24:4, 6
8(12).....	8:19
9	TR Féd., 50:78 Q. 7.4 51:90
9(1).....	24:7-8, 21
12(1)x)	TR Féd., 50:44-45 Q. 2.8
12(1)y)	TR Féd., 50:61, 63 Q. 5.2
12(4).....	TR Pr. Fin., 48:12-13 Q. 6
12(9).....	TR Pr. Fin., 48:12-13 Q. 6
12.2(1).....	TR Pr. Fin., 48:5 Q.1
13(7)a).....	31:17
13(21).....	31:17
15(1).....	1:19 22:128 31:68 42:11-15 TR Pr. Fin., 48:9-11 Q. 4 TR Pr. Fin., 48:15-16 Q. 8 TR Féd., 50:58-60 Q. 5.1 TR Féd., 50:60-62 Q. 5.2 TR Féd., 50:64 Q. 5.3 TR Féd., 50:75-77 Q. 7.3
15(2).....	TR Pr. Fin., 48:9-10 Q. 4 TR Féd., 50:18-20 Q. 1.5
15(5).....	TR Féd., 50:60-62 Q. 5.2
16.1(1).....	51:115
18(1)a).....	TR Féd., 50:62 Q. 5.2 TR Féd., 50:64 Q. 5.3 51:90
18(1)b)	24:4, 6, 8 51:90
18(1)r).....	TR Féd., 50:64 Q. 5.3
18(2.3).....	51:20
18(4).....	23:25
20(1)c).....	8:11 18:43, 46-47, 49 24:5-17

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

	TR Féd., 50:42 Q. 2.6
	TR Féd., 50:50-51 Q. 3.4
20(1)c)(i).....	46:4-5, 7
20(1)c)(ii).....	24:15-17
20(1)c)(iv).....	TR Pr. Fin., 48:5 Q.1
20(1)e).....	51:91-93
20(1)e)(i).....	TR Féd., 50:42-43 Q. 2.7
20(1)e)(ii).....	TR Féd., 50:43-45 Q. 2.8
20(1)e.1).....	51:91-92
20(1)e.2).....	TR Pr. Fin., 48:5 Q.1
20(1)e.2)(i)(B)	TR Pr. Fin., 48:5 Q.1
20(1)r).....	44:17
20(11).....	14:11
20(12).....	14:10, 12, 15, 22, 48, 54, 61
37(1)a).....	34:64
37(4).....	34:66
37(9.3).....	51:20-21
39(1)a)(ii.3).....	6:18-20
39(2).....	26:15-16
39(4).....	22:61-62, 64-65, 67
39(5).....	22:63
39(6).....	22:63
40(1.1).....	1:25
40(2)b).....	TR Féd., 50:13 Q. 1.1
40(3.4).....	19:25
	39:9
40(3.5).....	19:24-25
40(3.6).....	4:11, 28-33
	21:26, 27
	39:7, 9
	40:3, 8-11, 16, 35, 36-38
	TR Pr. Fin., 48:16-18 Q. 9
40(7).....	TR Féd., 50:13 Q. 1.1
44.1	22:69, 71, 77-78, 82, 84, 86
44.1(6).....	22:85
44.1(7).....	22:85
44.1(11).....	22:78
48.1	22:78, 139
48.1(1).....	51:108
49	22:149
	TR Féd., 50:78 Q. 7.4
51	2:27-28, 29
	8:20-21, 25
	19:4-20
	22:84
	52:16

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

51(4).....	19:6
53(1)j)	8:4
53(2)c)(v).....	TR Féd., 50:62 Q. 5.2
54 « résidence principale »	TR Féd., 50:11-13 Q. 1.1
55(2).....	1:24
	31:14-15, 31-36
	38:31-32
55(5)e)(ii).....	TR Féd., 50:24-25 Q. 1.9
56(1)d)	42:7, 10
56(1)h)	22:114
56(2).....	1:16
	2:17
	TR Pr. Fin., 48:11 Q. 4
56(4).....	2:17
56.1(2).....	38:13
56.1(4) « date d'exécution »	38:8
56.1(4) « pension alimentaire »	38:7
56.1(4) « pension alimentaire pour enfants »	38:7
56.4	TR Qc, 49:13 Q. 1.3
56.4(1).....	TR Qc, 49:13 Q. 1.3
56.4(2).....	TR Qc, 49:48 Q. 2.5
56.4(3).....	TR Qc, 49:48 Q. 2.5
56.4(4).....	TR Qc, 49:48 Q. 2.5
	TR Féd., 50:57 Q. 4.4
60a)	42:7, 10
60i).....	22:113
60.1(1).....	38:9-10
60.1(2).....	38:9-10, 13
67	1:9, 11-18, 26
67.6	TR Qc, 49:20 Q. 1.5
69	2:23, 24-25
	32:15, 16-17
69(1).....	51:24
69(1)b)	TR Féd., 50:38-40 Q. 2.5
69(1)b)(ii)	8:13
69(5)d)	4:29, 32
	21:27-28
	40:11, 36-37
69(11).....	18:15, 32, 51, 58
70(5).....	4:4
	45:4
70(5.3).....	45:4
70(6).....	14:32
	22:70
	37:45
70(9.2).....	22:70

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

73(1).....	22:70
	38:22-23, 28, 29
73(10.1).....	25:39
74.1(1).....	2:11, 12-13, 14, 22
74.1(2).....	2:9-10, 21-22
74.1(3).....	2:14
74.2(1).....	2:13, 14, 22
	38:24-25
74.2(2).....	2:13
	38:24
74.3	38:25
74.4(2).....	8:21, 24-25
	38:25-26
74.4(4).....	8:25-26
74.5(3).....	2:13
	38:24-25
74.5(6).....	2:14
74.5(7).....	2:14
75(2).....	8:24
	25:27-61
	TR Féd., 50:22-23 Q. 1.7
	TR Féd., 50:23-24 Q. 1.8
75(2)a(i).....	25:32, 34-42, 60
75(2)a(ii).....	25:32, 43-45, 59, 60
75(2)b).....	25:32, 45-49, 51, 59
	TR Féd., 50:21-22 Q. 1.6
75(3).....	25:28
80(1) « montant remis ».....	TR Féd., 50:76 Q. 7.3
80.01(4).....	TR Féd., 50:45-47 Q. 3.1
80.4	8:11
80.4(8).....	18:16
84(3).....	19:20
	45:10-11
	TR Féd., 50:35 Q. 2.4
	TR Féd., 50:38-40 Q. 2.5
	TR Féd., 50:75-77 Q. 7.3
84.1	1:20-26
	4:13
	38:28-29
	39:12-14
	TR Féd., 50:34, 37-38 Q. 2.4
85	2:28
	8:21-22
	19:4-19, 21, 23-24
	52:16, 17, 19, 20

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

85(1).....	22:66-67, 138-139
	23:24
	30:27
85(1)c.2).....	19:17
85(1)g).....	19:10
85(1)h).....	19:10
	22:84
85(2).....	22:66
	30:27
85.1.....	19:6, 20-26
	22:67, 138
85.1(1).....	22:85
85.1(2.1).....	19:23
85.1(3).....	22:84
86.....	2:29
	8:22-23
	19:4-19
	22:85
	52:16, 17-18
86.1.....	TR Pr. Fin., 48:6-7 Q. 2
	TR Pr. Fin., 48:7-8 Q. 3
87.....	18:20-22
87(1.1).....	18:21
87(2)a).....	TR Féd., 50:50 Q. 3.3
87(2.1).....	18:23
87(2.11).....	18:27-28
87(4).....	22:84
87(11).....	4:15, 17-19
88(1).....	4:15, 17
	18:20, 22-24, 27
88(1)c).....	4:15, 19, 20-21
88(1)c)(vi).....	4:21-24
88(1)d).....	4:7-13, 15-17, 20-28
	39:14
	40:36-37
88(1)d.2).....	4:25-26
88(1)d.3).....	4:26-27
88(1.1).....	18:24-27
88(1.2).....	18:24-27
89(1) « capital versé ».....	TR Féd., 50:55-56 Q. 4.3
89(1) « compte de dividendes en capital », al. d).....	TR Pr. Fin., 48:11 Q. 5
89(1) « société privée ».....	8:5
89(1) « société publique ».....	22:57, 115
	51:66
89(1)d).....	45:5, 8
91(1).....	14:38-39, 41, 44

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

91(4).....	14:39, 41, 44
93(1).....	26:3
93(2).....	26:17-20
94.1	6:3-27
94.1(1) « entité de placement étrangère »	6:5
94.1(1) « participation désignée »	TR Féd., 50:16-18 Q. 1.4
94.1(1) « participation déterminée », al. b)	TR Féd., 50:16 Q. 1.4
94.1(2).....	6:14
94.1(2)b)	6:8
94.1(2)e).....	6:10
94.1(3).....	6:15, 19-20
94.1(5).....	6:16
94.2(3).....	6:19-20
94.4(2).....	6:24
95	26:37
95(1) « bien exclu », al. c.1)	26:14-15, 38
95(1) « entreprise de placement »	26:8-9, 12, 32-34, 38
95(1) « revenu étranger accumulé, tiré de biens »	14:38-39
95(1) « société étrangère affiliée contrôlée »	26:20-22
95(2)a).....	26:10, 13-14
95(2)a)(i)	26:3, 38
95(2)a)(ii).....	26:3, 6, 9, 23-26, 31-32, 37, 38
95(2)a)(vi).....	26:13-14
95(2)a.1).....	26:27-31, 37, 39
95(2)f).....	26:15
95(2)g.01)	26:14
95(2)g.02)	26:15-16
95(2)i)	26:15-16
95(2)m)	26:3-5
95(2)n)	26:5-6
95(2)o)	26:9-10, 12
95(2)p)	26:12, 35
95(2)q)	26:12-13
95(2)r).....	26:10
95(2)s).....	26:35
95(2)t)	26:32
95(2)u)	26:22-23
95(2)x).....	26:22-23
95(3.1).....	26:27-28, 37
96(1).....	23:22-26
96(1)f).....	23:26
104(1).....	21:4, 6-7
	40:18
104(2).....	21:4, 5, 11, 12
104(6).....	8:18
	TR Pr. Fin., 48:13 Q. 6

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

104(13).....	8:18
	25:39
104(21).....	TR Féd., 50:26 Q. 1.10
105(1).....	25:39, 55-56
107(1).....	8:17-18
107(2).....	25:53, 55
	TR Pr. Fin., 48:14 Q. 7
	TR Féd., 50:12-13 Q. 1.1
107(2.001).....	39:6,9
107(2.1).....	25:53, 55, 59
107(4.1).....	25:42, 52-55, 59
107.1	8:17-18
108(2).....	29:9
108(5).....	TR Féd., 50:19, 21 Q. 1.5
110(1)d).....	8:6-7, 10, 13, 15
	22:119, 123, 125-127, 129-131, 134,
	137, 139, 141-142, 144, 152
	TR Qc, 49:15-16 Q. 1.4
110(1)d.1).....	8:6-8, 10, 13, 15
	22:119, 123, 127, 129-131, 134,
	137, 139, 144, 146, 152
110(1.7).....	22:141-142
110(1.8).....	22:141-142
110.1(6).....	3:42-44, 46
110.6(2.1).....	TR Féd., 50:26 Q. 1.10
	51:56
111(5).....	18:58
112(3.2).....	4:11, 12, 15, 33
	38:17
	39:9, 17
	40:8-9, 11
113(1).....	TR Féd., 50:72-73 Q. 7.1
113(1)a).....	26:17-18
115(1)a).....	12:25
115(2)c.1).....	12:25, 29
116(5).....	19:9
116(6).....	19:8
118.1(5).....	3:31
118.1(5.1)c)(i).....	42:5
118.1(5.3).....	3:28
118.1(13).....	3:43
118.1(16).....	3:46
118.1(18).....	3:41-42, 43
118.1(19).....	3:42
120.4	2:15-17, 21, 22
120.4(1).....	2:15-17

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

120.4(2).....	2:15
123.4(2).....	14:51, 52, 53, 54, 60
125(3).....	51:20
125(7) « entreprise de placement déterminée »	14:51-52
125(7) « société privée sous contrôle canadien »	1:3
	8:5
	TR Féd., 50:31-33 Q. 2.3
126(1).....	14:10, 12-13, 15, 48, 61
126(2).....	14:10, 13-14, 54-56
126(2.21).....	12:24
126(7) « impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise »	14:10-13, 15
126(7) « impôt sur le revenu tiré d'une entreprise »	14:10-11, 13-17
127(10.2).....	51:20-96
127(10.22).....	51:70, 94, 96-98
127(10.23).....	51:96-98
127.1(2).....	51:97
127.1(2.2).....	51:97-98
127.1(2.3).....	51:97
128.1(4b).....	12:23
	TR Féd., 50:52 Q. 4.1
128.1(6).....	12:24
128.1(6c).....	12:31
128.1(9).....	12:25
129(1).....	31:33, 36
129(3)a).....	14:56, 62
129(6).....	TR Féd., 50:19-21 Q. 1.5
	51:20
132(6).....	29:8
146(1).....	51:52
146(5).....	22:113
146(8).....	22:114
146(8.3).....	2:15
146(10).....	8:28
	22:116
146(10.1).....	22:116
146.3(1).....	51:52
148	45:3
148(8.1).....	38:13
148(9) « coût de base rajusté », élé. E	TR Pr. Fin., 48:11-12 Q. 5
148(9) « disposition », al. h).....	45:14
148(9) « disposition », al. j).....	42:16, 18
149(1)j)	34:64
149(1)l)	TR Féd., 50:73-74 Q. 7.2
153(1).....	22:125
162(7).....	TR Féd., 50:65-66 Q. 6.1

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

163(2).....	33:67
164(6).....	4:7-15
	21:26, 28
	39:10
	40:3, 6-11, 32, 36-38
	TR Pr. Fin., 48:18-19 Q. 9
165(1.11).....	TR Féd., 50:68, 70-71 Q. 6.3
165(1.12).....	TR Féd., 50:70-71 Q. 6.3
181(4).....	TR Féd., 50:29-31 Q. 2.2
181.2(4).....	25:9-10
	32:6
181.3(1)a).....	TR Féd., 50:28-30 Q. 2.2
181.5(1).....	TR Féd., 50:70 Q. 6.3
181.5(1.1).....	TR Féd., 50:70 Q. 6.3
186(4).....	18:16-17, 18
186(4)b).....	TR Féd., 50:27-28 Q. 2.1
191(1) « dividende exclu ».....	8:34
191(2).....	8:34
191(4).....	8:34
191.1.....	8:30
191.1(2).....	8:35
191.1(3).....	51:20
204(1)h).....	22:106
204.82(2.2)c.1).....	22:105
207.1(1).....	22:116
207.5(1).....	44:6, 23
207.5(2).....	44:5, 16
210.2(1).....	28:9
212(1)d).....	12:26
212(13.1)a).....	23:25
220(3.2).....	TR Féd., 50:47 Q. 3.1
220(4.5).....	12:24
221(2)b).....	25:69
225.1(7).....	TR Féd., 50:68-70 Q. 6.3
225.1(8).....	TR Féd., 50:69-71 Q. 6.3
227.1.....	31:45-46
227.1(1).....	7:5-8, 16, 17
227.1(3).....	7:13, 19
227.1(4).....	7:9
231.1(1).....	33:41, 44, 56
231.1(1)d).....	33:27, 41
231.2.....	33:41, 44, 46, 48, 50, 52, 56
231.2(1).....	31:19-21
233.4.....	TR Féd., 50:65 Q. 6.1
239.....	33:13, 24, 39, 54, 57

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

245	1:20, 24-25
	18:7-8, 34, 47
	25:73
	32:3-23
245(2).....	32:5, 13
	TR Féd., 50:37-38 Q. 2.4
245(3).....	44:18
245(4).....	32:3, 7, 12, 20, 22
248(1) « action privilégiée imposable », s.-al. b)(ii)	8:33
248(1) « action privilégiée imposable », s.-al. b)(iv)	8:29, 31, 33
248(1) « action privilégiée imposable », s.-al. f)(ii)	8:31-32
248(1) « actionnaire déterminé »	4:22
248(1) « activités de recherche scientifique et de développement expérimental »	34:12, 59
248(1) « activités de recherche scientifique et de développement expérimental », al. d)	34:50-51
248(1) « activités de recherche scientifique et de développement expérimental », al. i)	34:27
248(1) « associé déterminé »	26:6-7
248(1) « bien »	22:142
	25:30
248(1) « convention de retraite »	44:3
248(1) « emploi »	22:128
248(1) « employé »	22:128
248(1) « montant »	TR Féd., 50:77 Q. 7.3
248(1) « régime de prestation aux employés »	8:16
248(1) « société publique »	51:66
248(3).....	25:38
248(5).....	25:34
248(22).....	38:23-24
248(23.1).....	37:46
248(25).....	40:19
	TR Féd., 50:14-15 Q. 1.2
248(25)a).....	TR Féd., 50:24-25 Q. 1.9
248(30).....	3:10
248(31).....	42:9
248(32).....	3:15-16
248(33).....	3:26
248(35).....	3:11
248(36).....	3:11
248(37).....	3:12
250(5).....	12:5, 7
251	28:7
251(1).....	18:17
	21:16-17
251(1)b)(i).....	TR Féd., 50:32-33 Q. 2.3

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

251(1)c).....	TR Féd., 50:36 Q. 2.4
251(2).....	18:12-13
	TR Qc, 49:16 Q. 1.4
	51:24
251(5)b).....	18:13
	51:22, 106
251.1.....	4:29-32
	21:3-30
	40:3, 11, 13, 15, 17-35
251.1(1).....	18:14
251.1(1)b).....	21:12
251.1(1)b)(i).....	40:32-33, 34, 35
251.1(1)d).....	40:31, 33
251.1(1)g).....	4:30-31
	21:10-11
	40:19, 21, 22-24, 30-33
251.1(1)g)(ii).....	21:10-11, 26
251.1(1)h).....	21:13, 18-22
	40:24, 27-28
251.1(3) « bénéficiaire détenant une participation majoritaire ».....	21:8-10, 26
	40:19-20, 23
251.1(3) « contrôlé ».....	18:14
251.1(3) « cotisant ».....	21:14-17
	40:25-26
251.1(3) « groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire ».....	21:18-21
	40:28-30
251.1(4)b).....	23:26
251.1(4)c)(i).....	40:20-21
251.1(4)c)(ii).....	40:25
251.1(4)c)(iii).....	40:18
251.1(4)c)(iv).....	40:21-22
251.1(4)c)(v).....	40:26
256.....	28:3
	51:19, 96-97
256(1).....	18:15
256(1)a).....	51:101-102
256(1)b).....	51:96-97, 101-102
256(1)e).....	51:97
256(1.2).....	51:101-102
256(1.2)a).....	51:96-98
256(1.2)c).....	51:19
256(1.2)f).....	TR Féd., 50:14-15 Q. 1.2
256(1.3).....	TR Féd., 50:15 Q. 1.2
256(1.4).....	51:101-102
256(1.4)a).....	TR Féd., 50:32-33 Q. 2.3

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

256(2).....	28:4-5
256(2.1).....	20:16, 24
256(5.1).....	20:3-31
	51:101-102

Loi sur l'intérêt, L.R.C. (1985), c. I-15

4	51:72

Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales, L.R.Q., c. P-45

2	23:11
13	23:10

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

59(3.2).....	25:70
123(1) « participation dans une société de personnes »	23:29-30
165(1).....	35:16-17
169	31:65
169(4)a).....	35:11
221(1).....	35:17
225	35:16
228	35:16
231(1).....	35:21
231(3).....	35:21
261	35:20
272.1	23:28-29
272.1(1).....	23:29
272.1(5).....	23:29
280	31:67-68
296	35:20
296(1)b)	35:16-17
298	25:72
305	31:47-48
323(1).....	7:4, 9
	31:41-42, 44
323(3).....	7:19
	31:43-44
323(5).....	7:9
334(2).....	35:16

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

401	35:20

Loi sur la taxe de vente du Québec (*suite*)

444	35:21
446	35:21

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

1.2.1	TR Qc, 49:59 Q. 3.6
12.0.2	31:52-53
	TR Qc, 49:60 Q. 3.6
12.0.3	31:52
	TR Qc, 49:59 Q. 3.6
24.0.1	7:5, 9
	31:44-45, 52-53
24.0.2	7:9, 18-19
30.5	35:20
34.1	TR Qc, 49:53 Q. 3.1
37.7	TR Qc, 49:52 Q. 3.1
38	TR Qc, 49:52 Q. 3.1
59.2	31:61
	TR Qc, 49:56 Q. 3.3
93.1.2	TR Qc, 49:59, 61 Q. 3.6
93.1.13	31:49-51
94.1	TR Qc, 49:55-56 Q. 3.3

Loi sur le régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), c. C-8

18	51:21

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

187	42:24

Loi sur les centres financiers internationaux, L.R.Q., c. C-8.3

1 « société financière »	TR Qc, 49:75 Q. 4.6
6	TR Qc, 49:74-75 Q. 4.6
6(20)	TR Qc, 49:74 Q. 4.6
7	TR Qc, 49:78 Q. 4.6
7(22)	TR Qc, 49:73, 78 Q. 4.6

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

98	52:30
106	52:30
110	52:31, 45
123.12	30:17
123.22	30:16

Loi sur les compagnies (*suite*)

123.48	TR Féd., 50:55 Q. 4.3
123.114	52:30

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

1 « bien »	TR Qc, 49:14 Q. 1.3
1 « courtier en valeurs mobilières inscrit »	TR Qc, 49:75 Q. 4.6
1 « immobilisation »	TR Qc, 49:14 Q. 1.3
7.16	TR Qc, 49:28-29 Q. 1.11
12	25:22-25
12 à 16.2	TR Qc, 49:75-76 Q. 4.6
19	TR Qc, 49:16 Q. 1.4
21.20a)	51:101
21.20b)	51:101
21.20.2c)	51:101
21.20.4	51:101
21.20.7	51:103
21.25	51:101
28	31:23
31	34:69
34	TR Qc, 49:13 Q. 1.3
37	TR Qc, 49:14-15 Q. 1.3
50	TR Qc, 49:15-16 Q. 1.4
54	TR Qc, 49:16 Q. 1.4
55	TR Qc, 49:19 Q. 1.4
57	TR Qc, 49:18 Q. 1.4
80	34:74
	TR Qc, 49:19 Q. 1.4
	TR Qc, 49:29 Q. 1.11
87.4	TR Qc, 49:35 Q. 1.15
87(w)	TR Qc, 49:35 Q. 1.15
101.6	TR Qc, 49:35 Q. 1.15
128	TR Qc, 49:43 Q. 2.2
146.1	14:15, 22, 34
232	TR Qc, 49:14-15 Q. 1.3
249	TR Qc, 49:14 Q. 1.3
257.2	TR Qc, 49:34 Q. 1.15
308.1	TR Qc, 49:31-32 Q. 1.13
	TR Qc, 49:32-33 Q. 1.14
308.2	TR Qc, 49:27 Q. 1.9
312.3 à 313.0.5	TR Qc, 49:51 Q. 2.7
336.0.2 à 336.4	TR Qc, 49:51 Q. 2.7
467	25:56-58
485 et suiv.	TR Qc, 49:28-29 Q. 1.11
502	TR Qc, 49:24 Q. 1.7
691.1	25:57

Loi sur les impôts (*suite*)

725.2	TR Qc, 49:15-16, 18 Q. 1.4
772.2	14:12-14
772.6	14:13, 34
772.8	14:14-15, 34
779	TR Qc, 49:30 Q. 1.12
1005	TR Qc, 49:46 Q. 2.3
1014	31:61, 62, 64
	TR Qc, 49:60 Q. 3.6
1029.6.0.1	34:73
1029.7	34:69
1029.7 e)	34:68
1029.7.2	34:67-68
1029.8.36.0.17	34:69
1029.8.36.0.27	34:70
1037	TR Qc, 49:21 Q. 1.5
1038	TR Qc, 49:21 Q. 1.5
1040	TR Qc, 49:21 Q. 1.5
1045	TR Qc, 49:56 Q. 3.3
1049	TR Qc, 49:55-56 Q. 3.3
1056.4	TR Qc, 49:23-24 Q. 1.7
1056.6	TR Qc, 49:24 Q. 1.7
1130	TR Qc, 49:30 Q. 1.12
	TR Qc, 49:75 Q. 4.6
1131	25:22
1134	TR Qc, 49:30 Q. 1.12
1136	TR Qc, 49:72 Q. 4.6
1136 1)c)	25:12
1136 1)d)	25:12
1137	TR Qc, 49:72 Q. 4.6
1137 b.1.2)	25:7
1138	TR Qc, 49:72 Q. 4.6
1138 1)a)	25:19, 21
1138 1)b)	25:14-17, 20
1138 1)d.1)	25:18
1138 1)d.2)	25:18
1140	TR Qc, 49:72 Q. 4.6
1141.1	TR Qc, 49:72 Q. 4.6
1141.2	TR Qc, 49:72 Q. 4.6

Loi sur les intermédiaires de marché, L.R.Q., c. I-15.1

175	47:7

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

3(2).....	51:64

Loi sur les valeurs mobilières (*suite*)

11	51:66
54	51:64

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

108(2)	TR Féd., 50:48 Q. 3.2
200(5)	TR Féd., 50:52 Q. 4.1
205(2)	TR Féd., 50:48 Q. 3.2
3200	22:57
	51:66-67
3201	51:67
4800(1)a)	51:67
4803(1)	29:9
4803(2)a)	51:67
4900(1)j)	22:111
4900(6)	8:27-28
	22:60, 93, 97, 101, 104-106
	51:52
4900(6)a)	22:116
4900(6)b)	22:116
4900(6)c)	22:116
4900(8)	8:27-28
	22:104
4900(12)	8:27-28
	19:14
	22:93, 96-97, 101, 103-106, 114-115
	51:52, 55
4900(12)a)	22:94
4900(13)	8:28
	22:96, 104
5907(1) « surplus exonéré »	TR Féd., 50:72 Q. 7.1
5907(2.8)	26:31
6200c.1)	22:67
6205(2)	28:5-7
6700	22:102, 105
7000	TR Pr. Fin., 48:12-13 Q. 6
7360	TR Féd., 50:63-64 Q. 5.3
8200	51:115

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

308.1R1	TR Qc, 49:31-32 Q. 1.13

Table de la jurisprudence

<i>500 Glencairn Ltd. c. Farkas</i> , [1994] O.J. n° 138 (Ont. C.J.).....	29:22
<i>2950-5914 Québec inc. c. SMRQ</i> , D.F.Q.E. 2004-F25	31:51-52
<i>729658 Alberta Ltd c. La Reine</i> , 2004 D.T.C. 2909 (C.C.I.).....	31:12-15
<i>9044-2807 Québec inc. c. La Reine</i> , 2004 D.T.C. 6141 (C.A.F.).....	20:3, 23-24
<i>Advanced Glazing Systems Ltd. c. Frydenlund</i> , [2000] B.C.J. n° 1075 (B.C.S.C.)	29:19-20
<i>Air Liquide Canada inc. c. La Reine</i> , [2004] C.C.I. 165	31:48-49
<i>Airport Auto Ltd. c. La Reine</i> , [2003] G.S.T.R. 3046 (C.C.I.).....	35:15-17
<i>Ambulances B.G.R. inc. c. La Reine</i> , 2004 D.T.C. 2483 (C.C.I.).....	1:17-18
<i>Amirault c. MRN</i> , 90 D.T.C. 1330 (C.C.I.).....	22:140
<i>Armstrong c. Armstrong</i> , (1997) 34 R.F.L. (4 ^e) 38 (C. Ont. Div. Gén.)	36:15, 21
<i>Asselin c. Fonds d'indemnisation des services financiers</i> , [2003] R.J.Q. 2122 (C.S.).....	47:5-8
<i>Aylott c. Aylott</i> , [1999] B.C.J. (Quicklaw) n° 1524 (C.S.C.B.)	36:19
<i>Backman c. Canada</i> , [2001] 1 R.C.S. 367	23:22
<i>Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault</i> , [2004] 1 R.C.S. 758.....	31:26-30 42:20-33
<i>Banque Nationale c. SMRQ</i> , [1997] R.D.F.Q. 124 (C.A.).....	25:17

<i>Barbican Properties Inc. c. La Reine</i> , 97 D.T.C. 122 (C.C.I.).....	51:71
<i>B.C. Ferry et autres c. La Reine</i> , [2001] C.A.F. 146.....	25:70
<i>B.E.A. Holdings Inc. c. Traftsys Inc.</i> , C.A. Montréal, n° 500-09-013408-034, 12 février 2004.....	TR Qc, 49:67 Q. 4.3 TR Féd., 50:66-67 Q. 6.2
<i>Bélanger c. SMRQ</i> , [2003] R.D.F.Q. 207 (C.Q.)	TR Qc, 49:49 Q. 2.6
<i>Bell Canada c. Schryer et Assurance Allard & Myre inc.</i> , R.E.J.B. 2003-43278 (C.Q.)	47:8-9
<i>Bernier et Leblond, Buzetti & Associés ltée c. SMRQ</i> , C.A. Québec, n° 200-09-001123-964, 14 mars 2000	TR Qc, 49:30 Q. 1.12
<i>Bisson c. Québec (Juge de paix)</i> , [2004] CarswellQue 934 (C.S.)	33:21-22
<i>Black c. Black</i> , (1988) 18 R.F.L. (3 ^e) 303 (Ont. H.C.J.).....	36:15-16
<i>Bouchard c. La Reine</i> , [2003] J.Q. n° 3323 (C.A.).....	33:34
<i>Canada (Procureur général) c. McKinnon</i> , [2001] 2 C.F. 203 (C.A.F.).....	7:15-18
<i>Canada Trustco Mortgage Co. c. La Reine</i> , 2003 D.T.C. 587 (C.C.I.).....	32:8, 17-18, 22
<i>Canadian Forest Products Ltd. c. La Reine</i> , 2004 D.T.C. 2869 (C.C.I.).....	25:13-14
<i>Canemro Anstalt c. SMRQ</i> , D.F.Q.E. 87F-29 (C.P.).....	25:22-23
<i>Charbonneau c. SMRQ</i> , D.F.Q.E. 2003-F77	31:49-50
<i>Chenel (Jean-Pierre) c. SMRQ</i> , D.F.Q.E. 2004F-49 (C.A.).....	31:22-23

<i>CIT Financial Ltd. c. La Reine,</i> [2004] C.A.F. 201	31:8-12 32:13-18
<i>Commission scolaire Des Chênes et autres c. La Reine,</i> [2002] G.T.C. 1032 (C.A.F.)	25:71 35:7
<i>Complete Auto Transit, Inc. v. Brady,</i> 430 U.S. 274 (1977)	11:9
<i>Consoltex c. La Reine,</i> 97 D.T.C. 724 (C.C.I.)	34:26-27, 28, 31-32
<i>Construction Bérrou inc. (anciennement Fortin & Moreau inc.) c. La Reine,</i> 99 D.T.C. 5841 (C.A.F.)	51:115
<i>Constructions Beauce-Atlas inc. (Les) c. SMRQ,</i> C.A. Montréal, n° 500-09-012447-025, 18 mars 2004	31:7-8 35:20-21
<i>Corporation de l'École Polytechnique (La) c. La Reine,</i> [2004] C.A.F. 127	31:66-68
<i>Corporation financière Génécán c. SMRQ,</i> D.F.Q.E. 2004F-41	25:20-22
<i>Costigane c. La Reine,</i> [2003] C.T.C. 2087 (C.C.I.)	1:17
<i>Coupe de vêtements Zurek inc. et Jean Zurek c. La Reine,</i> 2004 D.T.C. 2450 (C.C.I.)	31:68-71
<i>CRB Logging Co. Ltd. c. La Reine,</i> 2000 D.T.C. 6547 (C.A.F.)	18:44
<i>Da Costa c. Da Costa,</i> 7 O.R. (3 ^e) 321 (C.A. Ont.)	36:16
<i>Desjardins c. SMRQ,</i> D.F.Q.E. 2004-F11	31:57-58
<i>Di Lullo c. SMRQ,</i> D.F.Q.E. 2003-F86	31:50-51
<i>Dipede c. La Reine,</i> [2004] C.C.I. 100	31:42-43

<i>Droit de la famille - 3511,</i> J.E. 2000-252 (C.S.)	36:24
<i>Dudney c. La Reine,</i> 2000 D.T.C. 6169 (C.A.F.).....	16:4-5
<i>Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine,</i> 98 D.T.C. 6334 (C.S.C.).....	18:51 51:26
<i>Durand c. SMRQ,</i> D.F.Q.E. 2004-F37	31:61-63
<i>Dwyer c. La Reine,</i> [2003] C.A.F. 322.....	33:51-54
<i>Ensité Ltd. c. La Reine,</i> 86 D.T.C. 6521 (C.S.C.).....	22:99
<i>Estate of Nixon v. United States,</i> 30 A.F.T.R. 2d; 72-5094 (1972).....	13:39-40
<i>Ferrel c. La Reine,</i> 97 D.T.C. 1565 (C.C.I.).....	2:17
<i>Francis c. Francis,</i> (1998) 53 B.C.L.R. (3 ^e) 50 (C.S.C.B.)	36:29
<i>Frorian inc. c. SMRQ,</i> [1992] R.D.F.Q. 24 (C.Q.).....	25:17-18
<i>Furnitureland South, Inc. v. Comptroller,</i> N ^o C-97-37872OC (Md. Cir. CT., 13 août 1999).....	11:10
<i>Gabco Ltd. c. MRN,</i> [1968] C.T.C. 313 (C. de l'É.).....	1:14-15
<i>Gendron c. J.E. Gendron Automobiles ltée,</i> R.E.J.B. 2003-47378 (C.S.).....	52:44
<i>Gifford c. La Reine,</i> 2004 D.T.C. 6129 (C.S.C.).....	24:3-8 46:4, 9, 13
<i>Groupe C.S.L. inc. c. SMRQ,</i> [2001] R.D.F.Q. 153 (C.Q.); D.F.Q.E. 2002F-82 (C.A.)	25:19-20

<i>Grove c. Grove</i> , [1996] B.C.J. (Quicklaw) n° 658 (C.S.C.B.)	36:19
<i>Hardoon c. Belilio</i> , [1901] A.C. 118 (P.C.)	29:23-24
<i>Hay c. La Reine</i> , [2004] C.C.I. 51	31:41-42
<i>Hewlett Packard (Canada) Ltd. c. La Reine</i> , [2004] C.A.F. 36	31:16-18
<i>Imperial Oil Ltd. c. La Reine</i> , 2002 D.T.C. 1954 (C.C.I.)	25:9-11
<i>Ivy Real Estate Corp. c. SMRQ</i> , D.F.Q.E. 88F-114 (C.Q.)	25:23
<i>Jobin c. SMRQ</i> , 2003 D.T.C. 5043 (C.Q.)	7:18-20
<i>Jobin, Blais, Fortier, Touche & Ross Ltée c.</i> <i>Monarch Life Assurance co.</i> , [1986] R.J.Q. 1755 (C.A.)	42:26, 30
<i>JTI-Macdonald Corp. c. SMRQ</i> , C.S. Montréal, n° 500-17-015132-031, 9 juillet 2003, j. Chrétien	33:45-46
<i>Kachur c. Kachur</i> , [2002] 14 R.F.L. (5 ^e) 98 (Alta. Q.B.)	36:27-28
<i>Kalef c. Canada</i> , 96 D.T.C. 6132 (C.A.F.)	7:7, 9-10
<i>Kalenso c. SMRQ</i> , [1999] R.D.F.Q. 166 (C.Q.)	25:24
<i>Kaulius, E. et autres c. La Reine</i> , [2003] C.A.F. 371	32:19-23
<i>Kligman c. MRN</i> , 2004 D.T.C. 6296 (C.A.F.)	33:17-19, 46-50
<i>Kruco c. La Reine</i> , [2003] C.A.F. 284	TR Qc, 49:25-26 Q. 1.8

<i>L (F) c. T (H),</i> C.S. Montréal, n° 500-12-244598-987, 22 mai 2002, j. Hilton	36:26-27
<i>Lagacé c. Lagacé,</i> [1996] C.S. 489	52:42
<i>La Reine c. Anderson,</i> [2003] C.A. Sask. 27	33:31-32
<i>La Reine c. Bjellebo,</i> 2003 D.T.C. 5659 (C.A. Ont.)	33:29-30
<i>La Reine c. Canadian Utilities Ltd. et</i> <i>Canutilities Holdings Ltd.,</i> [2004] C.A.F. 234	31:31-36
<i>La Reine c. Corsano et autres,</i> 99 D.T.C. 5658 (C.A.F.)	7:5-9
<i>La Reine c. Dial Drug Stores Ltd.,</i> (2003) 63 O.R. (3 ^e) 529 (C.S.J. Ont.)	33:22-25, 54-58
<i>La Reine c. Foy,</i> [2003] CarswellOnt 5861 (C.S.J. Ont.)	33:30-31
<i>La Reine c. Gulf Canada Resources Ltd.,</i> 96 D.T.C. 6065 (C.A.F.)	25:64-65, 66
<i>La Reine c. Jarvis,</i> [2002] 3 R.C.S. 757	33:7-9, 37, 66
<i>La Reine c. Jerrold D. Paxton,</i> 97 D.T.C. 5012 (C.A.F.)	1:25
<i>La Reine c. Kieboom,</i> 92 D.T.C. 6382 (C.A.F.)	2:9-10
<i>La Reine c. La compagnie pétrolière Impériale ltée,</i> [2004] C.A.F. 36	32:4-13
<i>La Reine c. Lenester Sales Ltd. and Sushi Sales Ltd.,</i> 2004 D.T.C. 6461 (C.A.F.)	20:3, 13
<i>La Reine c. Ling,</i> [2002] 3 R.C.S. 814	33:24, 37, 66

<i>La Reine c. Markevich</i> , 2003 D.T.C. 5185 (C.S.C.).....	25:74
<i>La Reine c. Mercer</i> , 103 C.R.R. (2 ^e) 232 (C.S. T.-N.&L.).....	33:32-33
<i>La Reine c. Milligan</i> , [2004] C.P. N.-É. 9	33:34-35
<i>La Reine c. Sako's Holdings Ltd.</i> , [2002] C.A. Sask 144	33:31-32
<i>La Reine c. Sherway Centre Ltd.</i> , 98 D.T.C. 6121 (C.A.F.).....	51:70
<i>La Reine c. Wilder</i> , [2003] C.S. C.-B. 859	33:25-28
<i>Laurent c. Buanderie Villeray ltée</i> , J.E. 2002-3 (C.S.)	52:44
<i>LDG 2000 inc. c. La Reine</i> , 2003 D.T.C. 82 (C.C.I.).....	20:17-19
<i>Lemieux c. SMRQ</i> , D.F.Q.E. 2004-F29	31:63-64
<i>Lenester Sales Ltd. and Sushi Sales Ltd. c. La Reine</i> , 2003 D.T.C. 997 (C.C.I.).....	20:9-12 21:21
<i>Lévesque c. Mutuelle-vie des fonctionnaires</i> , [1996] R.J.Q. 1701 (C.S.).....	23:14, 17, 18
<i>Loyens c. La Reine</i> , 2003 D.T.C. 358 (C.C.I.).....	18:35
<i>Ludco Enterprises Ltd. c. La Reine</i> , 2001 D.T.C. 5505 (C.S.C.).....	24:8, 10, 11 46:7-8, 11, 12
<i>Macdonald c. Macdonald</i> , (2003) 33 R.F.L. (5 ^e) 119 (C.S.C.B.)	36:18
<i>Maduke Foods Ltd. c. La Reine</i> , [1989] 2 C.T.C. 284 (C.F. 1 ^{re} inst.)	2:20-21

<i>Manrell c. La Reine</i> , [2003] C.A.F. 128.....	TR Qc, 49:13 Q. 1.3
<i>Marcelon inc. c. SMRQ</i> , [1991] R.D.F.Q. 3 (C.Q.).....	25:15-16
<i>Marché Bernard Lemay inc. c. Beljaars</i> , [2003] R.J.Q. 1557 (C.S.).....	42:27
<i>Mark Resources inc. c. La Reine</i> , 93 D.T.C. 1004 (C.C.I.).....	18:45-46
<i>Martineau (Paul) c. SMRQ</i> , D.F.Q.E. 2004F-21 (C.A.).....	31:37-40
<i>McKinnon (Gordon Murray) c. La Reine</i> , 2004 D.T.C. 2049 (C.C.I.).....	31:45-46
<i>Mépalex Inc. c. La Reine</i> , 2002 D.T.C. 1389 (C.C.I.) (fr.); 2004 D.T.C. 2232 (C.C.I.) (ang.)	1:16-17 2:20
<i>Mimetix Pharmaceuticals inc. c. La Reine</i> , 2001 D.T.C. 1026 (C.C.I.).....	20:25-27
<i>Morley c. La Reine</i> , 2004 D.T.C. 2604 (C.C.I.).....	33:10-12
<i>Mouffarège (Richard) c. SMRQ</i> , D.F.Q.E. 2004F-55 (C.A.).....	31:23-26
<i>Multiview inc. c. La Reine</i> , 97 D.T.C. 1489 (C.C.I.).....	20:4
<i>National Geographic Society v. California Board of Equalization</i> , 430 U.S. 551 (1977)	11:10
<i>Neptusky c. Canada</i> , [2003] A.C.I. 30.....	7:10-12
<i>Noranda c. SMRQ</i> , [1999] R.D.F.Q. 145 (C.Q.).....	25:19
<i>Novopharm Ltd. c. La Reine</i> , 2003 D.T.C. 5195 (C.A.F.).....	18:46-47

<i>OSFC Holdings Ltd. c. Canada</i> , [2002] 2 C.F. 288 (C.A.F.).....	32:3, 19-21
<i>P.D. c. D.T.</i> , C.S. Montréal, n° 500-04-003100-923, 10 juin 2003, j. Gomery.....	36:29-30
<i>Penn Ventilator Canada Ltd. c. La Reine</i> , 2002 D.T.C. 1498 (C.C.I.).....	24:15-17
<i>Perron c. Samson et autres</i> , [2002] B.E. 784 (C.S.).....	47:10-12
<i>Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)</i> , [1999] 3 R.C.S. 375.....	42:29
<i>Petit c. Canada</i> , [2003] C.C.I. 713.....	33:15-16
<i>Placements Arleon Ltée c. SMRQ</i> , [2002] R.D.F.Q. 235 (C.Q.); J.E. 2004-1413 (C.A.).....	25:24-26
<i>Plastiques Algar (Canada) Ltée (Les) c. MRN</i> , [2004] C.A.F. 152.....	31:18-21
<i>Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. Walsh</i> , [2002] C.S.C. 83.....	37:10, 28
<i>Procureur général du Canada c. Juliar</i> , 2000 D.T.C. 6589 (C.A. Ont.).....	TR Qc, 49:66 Q. 4.2
<i>Procureur général du Canada c. Poulin</i> , 96 D.T.C. 6477 (C.A.F.).....	TR Qc, 49:49-50 Q. 2.6
<i>Québec (Ville de) c. Cie d'immeubles Allard ltée</i> , [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.).....	23:3, 13, 14-15, 17, 27-28, 30
<i>Quill Corporation v. North Dakota</i> , 504 U.S. 298 (1992).....	11:8-9, 10, 11
<i>Re Balanson</i> , 25 P.3d 28 (Colo. Sup. CT. 2001) (WL).	36:23, 25
<i>Re Bélanger</i> , [2002] R.J.Q. 2878 (C.S.).....	42:27
<i>Redclay Holdings Ltd. c. La Reine</i> , 96 D.T.C. 1207 (C.C.I.).....	51:71

<i>Re Les Coopérants; Firstcliff Development inc. c. Raymond Chabot Fafard Gagnon inc.</i> , [1994] R.L. 268 (C.A.)	42:27, 30, 31, 32-33
<i>Rispoli c. SMRQ</i> , D.F.Q.E. 2004-F32	31:60-61
<i>Romkey et autres c. La Reine</i> , 2000 D.T.C. 6047 (C.A.F.)	2:9-10
<i>Rosario Poirier inc. c. La Reine</i> , 2003 D.T.C. 1770 (C.C.I.)	20:13-16
<i>Roy c. Québec (Procureur général)</i> , D.F.Q.E. 2003-F79	31:52-53
<i>Ruel c. La Reine</i> , [2004] C.C.I. 94	31:47-48
<i>Safety Boss Ltd. c. La Reine</i> , 2000 D.T.C. 1767 (C.C.I.)	1:8, 15
<i>Sagl c. Sagl</i> , [1997] Ont. J. (Quicklaw) n° 2837 (C. Ont. Div. Gén.)	36:13-14, 16, 21
<i>Samson c. SMRQ</i> , D.F.Q.E. 2003-F95	31:44-45
<i>S (E) c. S (J)</i> , C.S. Montréal, n° 500-12-290362-982, 5 février 2002, j. de Grandpré	36:20-21
<i>S (F) c. P (V)</i> , C.S. Montréal, n° 500-12-228917-963, 29 mai 2003, j. Capriolo	36:26
<i>Shelter Corp. of Canada Ltd. (1977) c. s. 59 of the Securities Act</i> , [1976] 1 B.L.R. 25 (O.S.C.)	51:64
<i>Silicon Graphics Ltd. c. La Reine</i> , 2002 D.T.C. 7112 (C.A.F.)	20:3, 6-9, 28, 30 21:19-20
<i>Silicon Graphics Ltd. c. La Reine</i> , 2001 D.T.C. 379 (C.C.I.)	20:5-6

<i>Singleton c. Canada</i> , [2001] 2 R.C.S. 1046	24:8, 13 46:6, 12
<i>SMRQ c. Alepin</i> , D.F.Q.E. 2004-F47	31:55-56
<i>SMRQ c. Construction G. Grandmaison inc.</i> , D.F.Q.E. 2004-F28	31:53-54
<i>SMRQ c. Produits Shell Canada ltée</i> , D.F.Q.E. 2004-F1	31:58-59
<i>Société foncière d'investissement inc. c. La Reine</i> , [1996] 3 C.T.C. 2537 (C.C.I.)	20:4
<i>Soper c. La Reine</i> , [1998] 1 C.F. 124 (C.A.F.)	7:13-14
<i>Stanfield c. MRN</i> , [2004] C.F. 584 (C.F. 1 ^{re} inst.)	33:19-21
<i>Statour c. Ville de Bromont</i> , C.S. Montréal, n° 500-05-052897-996, 19 octobre 1999, j. Chaput.....	23:32-33
<i>Stewart c. Canada</i> , [2002] C.S.C. 46	46:8, 12 51:47
<i>Stubart Investments Ltd. c. La Reine</i> , [1984] 1 R.C.S. 536	18:33-34
<i>Taillefer c. La Reine</i> , [2004] C.C.I. 148	31:43-44
<i>Trans-Prairie Pipelines, Ltd. c. MRN</i> , 70 D.T.C. 6351 (C. de l'É.)	51:62
<i>Transport M.L. Couture inc. et 9044-2807 Québec inc. c. La Reine</i> , 2003 D.T.C. 134 (C.C.I.)	20:20-23, 27
<i>Tremaine v. Tremaine</i> , 643 A.2d 1291 (Conn. App. 1994) (WL) et 663 A.2d 387 (Conn. App. 1995) (WL)	36:22-23

<i>Trident Holdings Ltd. c. Danand Investments Ltd.</i> , 64 O.R. (2 ^e) 65.....	29:16-17
<i>Tymchuk c. La Reine</i> , [2003] C.T.C. 699 (C.C.I.)	1:19
<i>Valois c. La Reine</i> , [2004] C.C.I. 191	33:14
<i>VanNieuwkerk c. La Reine</i> , [2004] 1 C.T.C. 2577 (C.C.I.)	1:18-19
<i>Vaskevitch c. MRN</i> , 69 D.T.C. 5062 (C. de l'É.)	21:21
<i>Vézina c. Théberge</i> , R.E.J.B. 2003-42326 (C.S.)	47:3-5
<i>Ville de Charlesbourg c. SMRQ</i> , [2002] R.D.F.Q. 23 (C.A.)	25:72
<i>Voitures Orly inc. (Les) c. La Reine</i> , [2004] C.C.I. 86	31:65-66
<i>Waese c. Bojman</i> , [2002] 19 R.F.L. (5 ^e) 200 (C.S. Ont.)	36:27
<i>Walls c. Canada</i> , [2002] C.S.C. 47	46:8 51:47
<i>Warawa c. La Reine</i> , 2003 D.T.C. 1399 (C.C.I.)	33:12-14
<i>Zinkhofer et autres c. MRN</i> , 91 D.T.C. 643 (C.C.I.)	20:4

RÉMUNÉRATION DE L'ACTIONNAIRE DIRIGEANT



Hugues Lachance
CA
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1:3
1. INTÉGRATION ET BONIS	1:4
1.1. INTÉGRATION	1:4
1.1.1. Revenu actif et DPE	1:6
1.1.2. Décision de verser un boni	1:6
1.2. BONIS ET RAISONNABILITÉ – POSITIONS ADMINISTRATIVES	1:8
1.2.1. Positions administratives de 1981	1:8
1.2.2. Interprétations techniques avant 2002	1:9
1.2.3. <i>Nouvelle technique</i> n° 22	1:10
1.2.4. Positions administratives de 2002 et suivantes	1:11
1.3. BONIS ET RAISONNABILITÉ – JURISPRUDENCE	1:14
1.3.1. L'affaire <i>Gabco</i>	1:14
1.3.2. L'affaire <i>Safety Boss</i>	1:15
1.3.3. L'affaire <i>Mépalex</i>	1:16
1.3.4. L'affaire <i>Costigane</i>	1:17
1.3.5. L'affaire <i>Ambulances B.G.R. inc.</i>	1:17

2.	PRÊT À L'ACTIONNAIRE	1:18
2.1.	DÉVELOPPEMENT RÉCENT	1:18
3.	ERREUR COMPTABLE	1:19
3.1.	DÉVELOPPEMENT RÉCENT	1:19
4.	CONVERSION DE DIVIDENDE EN GAIN DE CAPITAL	1:20
4.1.	INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES	1:20
4.1.1.	Interprétation technique 2002-0166655	1:20
4.1.2.	Interprétation technique 2003-0035435	1:22
CONCLUSION		1:26
ANNEXE 1		1:27
ANNEXE 2		1:28
ANNEXE 3		1:29
ANNEXE 4		1:30

INTRODUCTION*

La rémunération de l'actionnaire dirigeant est un sujet sur lequel l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a publié un grand nombre de positions administratives. Plusieurs décisions des tribunaux¹ ont remis en question notamment la raisonnable des bonis et la rémunération versés à l'actionnaire dirigeant et aux membres de sa famille. En plus de nombreux débats juridiques, la rémunération de l'actionnaire dirigeant soulève beaucoup de questions sur le plan quantitatif. Notre système fiscal est conçu de manière à viser un traitement « équitable » entre un particulier qui gagne personnellement un revenu d'entreprise et un actionnaire d'une société privée sous contrôle canadien² (ci-après « SPCC ») qui reçoit un dividende provenant des profits de l'entreprise exploitée activement. Ces dernières années, le ministère des Finances du Canada et presque toutes les provinces, à l'exception du Québec, ont réduit les taux d'imposition sur le revenu des sociétés. Ces baisses de taux applicables aux revenus d'entreprise jumelées à la baisse du taux d'inclusion sur le gain en capital ont créé des possibilités de planification fiscale pour les actionnaires dirigeants.

L'objet de ce texte est de revoir le mécanisme d'intégration applicable aux diverses formes de revenus (revenu d'entreprise, dividende et gain en capital) et de revoir les positions administratives ainsi que la jurisprudence touchant la rémunération de l'actionnaire dirigeant et des membres de sa famille. Nous reverrons notamment la question de la raisonnable des bonis. La *Loi de l'impôt sur le revenu* est de bien peu d'utilité quand vient le temps de juger si un salaire, un boni ou des frais de gestion sont raisonnables ou non. Nous verrons également certaines formes de rémunérations autres que le versement d'un salaire ou de dividendes (régime de retraite individualisé et conversion de dividende en gain en capital).

* L'auteur tient à remercier Louis-Olivier Lavoie, CA, LL. M. Fisc. pour sa collaboration lors de la préparation du présent texte. L'auteur est cependant responsable de toute erreur ou omission.

¹ *Gabco Ltd. c. MRN*, [1968] C.T.C. 313 (C. de l'É.) (ci-après « *Gabco* »); *Safety Boss Ltd. c. La Reine*, 2000 D.T.C. 1767 (C.C.I.) (ci-après « *Safety Boss* »); *Mépalex Inc. c. La Reine*, 2002 D.T.C. 1389 (C.C.I.) (ci-après « *Mépalex* »); *Costigane c. La Reine*, [2003] C.T.C. 2087 (C.C.I.) (ci-après « *Costigane* »); *Ambulances B.G.R. inc. c. La Reine*, 2004 D.T.C. 2483 (C.C.I.) (ci-après « *Ambulances B.G.R.* »).

² *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 125(7).

1. INTÉGRATION ET BONIS

L'intégration est un concept fondamental en fiscalité au Canada. Ce concept veut qu'un actionnaire d'une société reçoive le même montant net après impôt lorsqu'il exploite une entreprise par l'entremise d'une société en lien avec l'exploitation directe de cette même entreprise. Nous verrons que ce modèle ne fonctionne pas parfaitement et qu'un entrepreneur sera influencé par un très grand nombre de variables quand viendra le temps de choisir la structure juridique pour exploiter une entreprise.

1.1. INTÉGRATION

Les calculs d'économie et de report d'impôts présentés au tableau ci-dessous tiennent compte des taux d'impôt suivants pour l'année 2004 :

Taux corporatifs combinés (fédéral et Québec) pour les SPCC en 2004

REEA < 250 000 \$	22,02 %
REEA > 250 000 \$	31,02 %
Revenu de bien	52,04 %
Gain en capital	26,02 %

Taux des particuliers combinés (fédéral et Québec) en 2004

Salaire	48,22 %
Dividende	32,81 %
Gain en capital	24,11 %

En théorie et en pratique, l'intégration est favorable à l'actionnaire dirigeant quant au revenu d'entreprise exploité activement (ci-après « REEA ») admissible à la déduction pour petite entreprise (ci-après « DPE ») comme le démontre le tableau à l'annexe 1. On trouvera, ci-après, un tableau sommaire qui démontre les économies (coûts) de gagner différents types de revenus par l'entremise d'une société plutôt que directement entre les mains d'un individu.

	Économie (coût)	Report (prépaiement)
REEA ³ avec DPE ⁴	0,6 %	26,2 %
REEA sans DPE	(5,4 %)	17,2 %
Revenu de placement (intérêts, loyers, redevances)	(3,4 %)	(3,8 %)
Gain en capital	(1,7 %)	(1,9 %)
Dividende canadien	0,0 %	(0,5 %)
Revenu étranger (retenue de 25 %)	(8,8 %)	1,4 %
Dividende de SÉA ⁵	8,7 %	38,2 %

D'un point de vue strictement quantitatif, on remarque qu'il est avantageux de gagner un REEA par l'intermédiaire d'une société lorsque celle-ci bénéficie de la DPE. Nous tirons la même conclusion à l'égard d'un revenu de dividende provenant du compte de surplus exonéré d'une SÉA. Cependant, il existe un report d'impôts important lorsqu'une SPCC gagne un REEA. Ce report jumelé à d'autres raisons d'affaires (juridiques et autres) incite fortement tout entrepreneur ou groupe de personnes à exploiter une entreprise par l'intermédiaire d'une société⁶.

Sans en faire une analyse approfondie, on remarquera également qu'il n'est plus avantageux depuis déjà quelques années de s'incorporer en vue de tirer un revenu de bien ou un gain en capital. Cependant, nous exposerons plus en détail, à la section 4. du présent texte, certaines possibilités de convertir un revenu de dividende en gain en capital compte tenu des changements de taux des dernières années.

³ *Id.*

⁴ Par. 125(1) L.I.R.

⁵ Par. 95(1) « société étrangère affiliée » L.I.R. (ci-après « SÉA »).

⁶ Pour des textes sur l'incorporation d'une société et la structure du capital-actions, le lecteur est invité à se référer aux différents textes du *Colloque – Capitalisation et financement de l'entreprise*, 45, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1991.

1.1.1. Revenu actif et DPE

La déduction accordée aux petites entreprises réduit l'impôt fédéral sur le revenu d'entreprise actif d'une SPCC. Un taux d'impôt de 13,12 %, en 2004, est payable pour une SPCC bénéficiant de la DPE. Les réductions de taux d'impôt corporatif fédéral des dernières années permettent aux sociétés d'accumuler des fonds nets d'impôt plus élevés. Il est opportun de noter l'augmentation du seuil du plafond des affaires⁷, lequel représente le revenu d'entreprise actif admissible au petit taux d'impôt, dans le budget fédéral du 23 mars 2004. Pour offrir un soutien supplémentaire aux SPCC, le budget fédéral 2004 a relevé le plafond des affaires à 300 000 \$ à compter du 1^{er} janvier 2005⁸, ce plafond étant de 250 000 \$ en 2004.

Compte tenu de l'économie et du report d'impôts, il semble toujours pertinent de déclarer et de verser un boni à l'actionnaire dirigeant afin de ramener le revenu imposable de la SPCC au seuil du plafond des affaires. Cependant, plusieurs éléments doivent être considérés avant de prendre la décision de verser un boni pour ramener le revenu imposable au seuil du plafond des affaires.

1.1.2. Décision de verser un boni

Pour certaines entreprises, il semble systématique de verser des bonis aux actionnaires dirigeants afin de ramener le revenu imposable au montant du plafond des affaires. Tel qu'il est mentionné, de nombreux éléments peuvent influencer sur la décision de verser un boni. Il faut prendre bien soin d'évaluer les besoins de l'actionnaire dirigeant et ceux de la société.

Raisons de verser un boni

- réduction du revenu imposable au montant du plafond des affaires afin de maximiser l'utilisation du petit taux d'impôt;
- augmentation de la limite de contribution au régime enregistré d'épargne-retraite;

⁷ Par. 125(2) L.I.R.

⁸ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives, avant-projets de règlement et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, 16 septembre 2004, p. 65.

- pleine utilisation du taux progressif de l'actionnaire dirigeant et des membres de sa famille;
- création d'un revenu assujéti aux contributions à la Régie des rentes du Québec;
- protection d'actif;
- purification en vue de rendre admissibles les actions de la société à la déduction pour gain en capital sur actions admissibles de petites entreprises;
- impact sur les acomptes provisionnels de la société et de l'actionnaire dirigeant.

Il faut également évaluer les éléments suivants :

- impact sur les ratios financiers de l'entreprise et prise en considération des limites imposées par les prêteurs à l'égard du montant de salaire/boni pouvant être versé;
- compte de dividendes en capital;
- impôt en main remboursable au titre de dividende, auquel cas un dividende imposable serait préférable à un boni.

Raisons de ne pas verser un boni

- la baisse du taux d'imposition du gain en capital a réduit la pertinence de verser systématiquement des bonis annuels aux actionnaires dirigeants. Le taux d'imposition marginal sur le gain en capital est de 24,11 % en 2004 alors que celui sur le dividende s'élève à 32,81 %. S'il est prévu de vendre la société à court ou moyen terme, il serait plus avantageux de ne pas verser de boni;
- une somme d'environ 20 000 \$ de dividende peut être versée sans impôt. Ce genre de planification peut s'avérer utile lorsque l'actionnaire dirigeant a des enfants majeurs qui ont peu ou pas de revenu;
- un boni ne peut être versé à un actionnaire non actif (tel qu'il est précisé à la section 1.2. du présent texte).

1.2. BONIS ET RAISONNABILITÉ – POSITIONS ADMINISTRATIVES

1.2.1. Positions administratives de 1981

Il est fréquent pour de nombreuses SPCC de payer des salaires et bonis à leurs actionnaires dirigeants afin de réduire le revenu imposable de la société au seuil du plafond des affaires, lequel permet de bénéficier de la DPE. Cette question a fait l'objet de discussions avec l'ARC à la conférence de l'Association canadienne d'études fiscales en 1981⁹. En réponse aux questions posées, l'ARC a énoncé sa position générale, laquelle est encore valide aujourd'hui:

« En règle générale, le caractère raisonnable des traitements et primes versés à des gestionnaires/actionnaires principaux d'une société ne sera pas remis en doute :

a) lorsqu'il est courant pour la société de distribuer les bénéfices de la société, à ses gestionnaires/actionnaires sous la forme de prime ou de suppléments de traitements; ou

b) lorsque la société a adopté un principe directeur de verser des primes aux actionnaires afin de les rémunérer pour les bénéfices gagnés par la société grâce à leur savoir-faire particulier, leurs relations ou à leur esprit d'entreprise. »

En 2001, à la suite de nombreuses interprétations techniques et de l'arrêt *Safety Boss*¹⁰ (voir section 1.3.2. pour un résumé de cet arrêt), il a été demandé à l'ARC si la structure de l'actionnariat d'une entreprise pouvait influencer sur la déductibilité des bonis versés à l'actionnaire dirigeant. L'ARC a réitéré que sa position qui a été énoncée en 1981 s'appliquait encore aujourd'hui. Ainsi, les salaires et bonis versés à l'actionnaire dirigeant, dans un contexte de SPCC, visant à réduire le revenu imposable de la société au seuil du plafond des affaires ne seraient pas remis en question. Il est important de préciser que la position de 1981 s'appliquait au principal actionnaire dirigeant d'une SPCC. Cela confirmait que la position de l'ARC est valide lorsque les salaires et bonis étaient imposés au Canada. L'arrêt *Safety Boss* vient cependant nuancer la position de l'ARC puisque l'actionnaire dirigeant était alors non-résident du Canada.

⁹ « Table ronde de Revenu Canada », dans *1981 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1982, question 42, aux pages 757 et 758.

¹⁰ *Safety Boss*, précité, note 1.

1.2.2. Interprétations techniques avant 2002

1.2.2.1. Interprétation technique 2001-0074115¹¹ – détention indirecte – société en commandite

Une société en commandite (ci-après « SEC ») a trois commandités, soit une société publique et deux autres sociétés. Ces deux dernières désirent verser toute leur quote-part du revenu de la SEC à l'actionnaire dirigeant sous forme de bonis. Ces deux sociétés ne peuvent bénéficier de la DPE.

Il a été demandé si la position administrative qui a été énoncée en 1981, relativement à la raisonnable d'un boni versé à l'actionnaire dirigeant, s'appliquait à cette situation. Après avoir établi qu'il s'agissait d'une question de fait et que les bonis versés à un actionnaire étaient assujettis à l'article 67 L.I.R., l'ARC a mentionné que, lorsqu'un actionnaire dirigeant participe activement à la gestion de l'entreprise, la raisonnable d'un boni ne sera pas remise en question, à moins qu'il n'en résulte un avantage fiscal indu.

1.2.2.2. Interprétation technique 2000-0013085¹² – détention indirecte – fiducie

Une SPCC est contrôlée par un individu (A) et deux SPCC. Ces SPCC sont contrôlées par des fiducies familiales. L'individu (A) n'est rémunéré que sous forme de dividendes. Dans les deux fiducies familiales, les bénéficiaires du revenu sont les enfants et la conjointe des particuliers. Ces derniers et leurs épouses sont bénéficiaires du capital. Les deux particuliers sont activement engagés à temps plein dans les activités de la SPCC.

Il a été demandé si la position administrative qui a été énoncée en 1981, relativement à la raisonnable d'un boni versé à l'actionnaire dirigeant, s'appliquait à cette situation. Puisque les dirigeants ne sont pas des actionnaires alors la position administrative dont il est question plus haut ne s'applique pas. Les bonis ne seront déductibles que dans la mesure où ils sont raisonnables selon l'article 67 L.I.R. La détermination de la raisonnable sera donc faite à la lumière de la rémunération versée à

¹¹ *CRA Views*, dans *Taxnet pro*, (en ligne : www.taxnetpro.com), interprétation technique 2001-0074115, 2001.

¹² *Id.*, interprétation technique 2000-0013085, 2001.

d'autres employés qui rendent des services similaires, dans des entreprises similaires et dans des circonstances comparables.

1.2.2.3. Interprétation technique 2000-0016035 – boni résultant d'un gain de la vente d'un bien en immobilisation admissible

Une SPCC est contrôlée directement par trois actionnaires qui sont des particuliers actifs dans la gestion de l'entreprise. La question qui nous préoccupe dans cette interprétation technique est de savoir si le fait que la SPCC en question soit détenue indirectement par une société de gestion contrôlée par les trois actionnaires dirigeants modifierait l'application de la position administrative qui a été énoncée en 1981. L'ARC appliquerait sa politique administrative étant donné que les actionnaires dirigeants sont actifs dans l'entreprise si le bien en immobilisation admissible (ci-après « BIA ») vendu est accessoire à l'entreprise. Cependant, si le boni est versé dans le contexte d'une vente d'entreprise, la politique de 1981 ne s'appliquerait pas. Nous verrons qu'il est possible de verser un boni important à la suite de la vente d'une entreprise lorsque le boni vise à rémunérer les actionnaires dirigeants pour leur bonne gestion (voir la section 1.2.4.5. pour la décision anticipée 2004-0060191R3).

1.2.3. *Nouvelle technique n° 22*¹³

L'ARC a précisé et a réitéré sa position en 2001, par la publication de la *Nouvelle technique n° 22*, en affirmant que les salaires et bonis de l'actionnaire dirigeant ne seraient pas remis en question lorsque les trois conditions suivantes sont réunies :

- 1) le paiement est fait par une SPCC;
- 2) le bénéficiaire est actionnaire dirigeant actif dans l'entreprise;
- 3) le bénéficiaire est résident canadien.

Dans cette *Nouvelle technique*, l'ARC en profite pour confirmer que sa position de 1981 s'applique toujours. Toutefois, elle insiste sur le fait que sa position vise les situations dans lesquelles la prime ou le salaire est imposé au Canada.

¹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002 (ci-après « *Nouvelle technique n° 22* »).

Cependant, l'ARC vient distinguer certaines situations pouvant la mener à remettre en question les salaires et bonis versés à certaines personnes, telles que des actionnaires inactifs, des membres d'une famille, bénéficiaires d'une fiducie qui est actionnaire directement ou indirectement d'une SPCC. Dans ce dernier cas, l'ARC précise que le caractère raisonnable d'un salaire ou boni ne serait pas contesté si le membre participe activement à l'exploitation de l'entreprise. La position de l'ARC ne s'applique plus lorsqu'il s'agit d'honoraires de gestion versés de la société exploitante à une société de portefeuille.

En résumé, la *Nouvelle technique* n° 22, est venue atténuer l'inquiétude portée à la structure d'entreprise sur le caractère raisonnable des bonis versés à l'actionnaire dirigeant.

1.2.4. Positions administratives de 2002 et suivantes

1.2.4.1. Interprétation technique 2002-0173335¹⁴ – boni versé au conjoint ou autres membres de la famille

Une SPCC verse un boni à un membre de la famille d'un actionnaire. Ce membre de la famille est un dirigeant actif et reçoit salaire et boni. La question était de savoir si la rémunération de ce membre pouvait être déduite selon la politique de 1981 de l'ARC. Cette dernière rappelle que cette position concerne les actionnaires dirigeants et non les membres de leur famille. L'ARC appliquera donc le test de raisonabilité contenu au paragraphe 67(1) L.I.R.

1.2.4.2. Interprétation technique 2003-003403¹⁵ – Boni et société en commandite

Un individu, M. A, détient la totalité des actions ordinaires de Holdco, laquelle détient en retour la totalité des actions ordinaires de A inc. Les deux sociétés sont des SPCC. A inc. agit à titre de commandité pour plusieurs sociétés en commandite et verse des bonis à M. A. Ce dernier est un dirigeant participant activement à la gestion de A inc.

On demandait à l'ARC si la politique de 1981 s'appliquait lorsque la source de revenu de la société était le revenu de la société en commandite.

¹⁴ *CRA Views, op. cit.*, note 11, interprétation technique 2002-0173335, 2002.

¹⁵ *Id.*, interprétation technique 2003-003403, 2003.

Lorsque l'actionnaire participe aux activités quotidiennes des sociétés en commandite, l'ARC précise que la politique de 1981 s'applique. Si A inc. était commanditaire seulement, il faudrait alors s'en remettre aux faits afin de déterminer si M. A participait aux activités quotidiennes et appliquer le cas échéant la politique de 1981.

1.2.4.3. Interprétation technique 2003-0030025¹⁶ – Boni et revenu de bien

Une SPCC engendre un revenu de biens et paie des bonis à ses actionnaires. Est-ce que la politique administrative de l'ARC s'applique lorsque le revenu est revenu de biens? Il faut d'abord se référer à la *Nouvelle technique* n° 22, question 7, dans laquelle l'ARC semblait disposée à appliquer sa politique administrative de 1981 à un revenu d'entreprise autre qu'un revenu d'entreprise exploité activement. L'ARC précise, dans la présente interprétation technique, que la politique ne s'appliquerait pas au revenu de bien.

1.2.4.4. Interprétation technique 2003-0046624¹⁷ – Boni à la suite d'une vente majeure d'actifs

Une SPCC procède à une vente majeure de ses actifs utilisés dans l'entreprise exploitée activement et verse des bonis à même le produit de la vente. La politique administrative de 1981 ne s'appliquerait pas puisque cette politique visait les bonifications versées à même les résultats d'une entreprise exploitée activement et non le gain en capital. L'ARC appliquerait donc le test du paragraphe 67(1) L.I.R. et pourrait contester la raisonnablement des bonis ainsi versés. Il s'agit évidemment d'une question de fait puisque, dans certaines situations, l'ARC pourrait émettre une décision anticipée favorable à un boni versé à la suite d'une vente d'entreprise lorsque les bonis visent à rémunérer les actionnaires dirigeants pour leur bon rendement. Toutefois, l'ARC ne contestera généralement pas la rémunération versée à même un produit de vente « non récurrent » « mineur » résultant de la vente d'actifs.

¹⁶ *Id.*, interprétation technique 2003-0030025, 2003.

¹⁷ *Id.*, interprétation technique 2003-0046624, 2003.

1.2.4.5. Décision anticipée 2004-0060191R3¹⁸ – Boni à la suite d'une vente d'entreprise

Une SPCC vend la totalité ou presque de son entreprise. Il y a plusieurs actionnaires dont trois sont des dirigeants actifs dans l'entreprise. La SPCC réalise du gain en capital et du revenu d'entreprise à la suite de la vente d'immobilisations admissibles. La SPCC verse des bonis aux actionnaires dirigeants pour les récompenser de leur contribution au succès de l'entreprise. La politique administrative de 1981 s'appliquera-t-elle? Selon les faits exposés, les bonis versés seraient déductibles en vertu de la politique de 1981.

1.2.4.6. Décision anticipée 2004-0072741R3¹⁹ – Boni et perte

Selon la décision anticipée 2004-0072741R3, un boni versé à un actionnaire dirigeant peut être raisonnable même si elle donne lieu à une perte autre qu'en capital. Cette perte peut être reportée rétrospectivement pour réduire le revenu des trois années précédentes et le ramener au plafond des affaires. L'ARC a reconfirmé qu'elle ne contestera généralement pas le caractère raisonnable d'un salaire ou d'un boni versé à un actionnaire dirigeant d'une SPCC résidant au Canada s'il participe activement à l'exploitation de l'entreprise. L'ARC mentionne également que la rémunération doit être payée à même le revenu tiré des activités commerciales normales de la société. Une société ne peut déduire un tel boni lors du calcul de son revenu d'entreprise pour l'année d'imposition que si le boni est raisonnable en vertu de l'article 67 L.I.R.

Dans la décision anticipée, une SPCC avait adopté une politique de paiement de bonis à son principal actionnaire dirigeant, qui est un résident canadien, pour le récompenser des profits réalisés grâce à son savoir-faire particulier, à son réseau et à ses compétences de gestionnaire. Dans une année donnée, la société avait déclaré un boni pour ramener le montant de revenu imposable au plafond des affaires. La société proposait de déduire le boni dans sa déclaration d'une année d'imposition donnée; elle créait ainsi une perte autre qu'en capital qu'elle pourrait reporter pour réduire le revenu imposable d'années précédentes. Selon la décision anticipée, les activités proposées visaient à récompenser l'actionnaire dirigeant de sa contribution au succès de la société et à créer une perte autre qu'en capital à reporter sur

¹⁸ *Id.*, décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu 2004-0060191R3, 2004.

¹⁹ *Id.*, décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu 2004-0072741R3, 2004.

des années d'imposition précédentes pour réduire le REEA de source canadienne et le ramener au plafond des affaires. D'après l'ARC, l'article 67 L.I.R. n'empêche pas la déduction du boni lors du calcul du revenu d'entreprise pour l'année donnée, et la société peut reporter rétrospectivement et déduire la perte autre qu'en capital ainsi créée.

1.2.4.7. *Nouvelle technique* n° 30²⁰

Dans cette *Nouvelle technique*, l'ARC réitère l'application de sa politique de 1981. Elle mentionne que sa politique vise à offrir plus de flexibilité aux SPCC. Les structures ou situations simples ne feront généralement pas l'objet de contestation. L'ARC mentionne qu'elle est disposée à fournir des décisions anticipées sur le sujet. Elle déclare cependant que des primes versées à la suite d'une vente d'entreprise ne respecterait généralement pas la politique de 1981, bien que cette position ne rende pas pour autant les bonis non déductibles comme on a pu le voir avec la décision anticipée 2004-0060191R3 (section 1.2.4.5.).

1.3. BONIS ET RAISONNABILITÉ – JURISPRUDENCE

1.3.1. *L'affaire Gabco*²¹

L'affaire *Gabco* est l'une des décisions les plus souvent citées en matière du caractère raisonnable d'une rémunération versée à une personne. Il s'agit d'une décision rendue en 1968. Cette affaire concerne l'aspect raisonnable de la rémunération versée à un actionnaire dirigeant. Cette cause est venue établir certains paramètres pour déterminer ce qui est raisonnable comme rémunération²². Le juge a déterminé qu'une somme versée à un actionnaire dirigeant est raisonnable si c'est ce qu'un homme d'affaires raisonnable était prêt à payer s'il considérait les intérêts de la société.

« It is not a question of the Minister or this Court substituting its judgment for what is a reasonable amount to pay, but rather a case of the Minister or the

²⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 30, 21 mai 2004.

²¹ Précité, note 1.

²² Le juge a également fait référence à l'arrêt *Hutton v. West cork Railway Co.*, (1883) 23 Ch. 654, dans laquelle le juge L. J. Bowen mentionnait ce qui suit : « A Company which always treated its employees with draconian severity, [...] would soon find itself deserted [...]. The law does not say that there are to be cakes and ale, but there are to be no cakes and ale except such are required for the benefit of the company. »

Court coming to the conclusion that no reasonable business man would have contracted to pay such an amount having only the business consideration of the appellant in mind²³. »

1.3.2. L'affaire *Safety Boss*²⁴

Safety Boss était une société contrôlée par un seul actionnaire dirigeant, lequel était non-résident du Canada. La principale activité de la société consistait à éteindre des feux de puits de pétrole. L'expertise de la société était attribuable à l'expérience et à la notoriété de l'actionnaire dirigeant M. Michael Miller, un résident des Bermudes. M. Miller comptait plus de 30 ans d'expérience et était à l'origine un résident canadien. L'ARC avait refusé une portion de la rémunération versée à titre de bonis comme dépense de Safety Boss en raison du caractère déraisonnable de ceux-ci. De plus, la portion non raisonnable avait été considérée comme un avantage à un actionnaire et l'ARC désirait cotiser l'impôt de la Partie XIII L.I.R. sur ce montant.

Le juge Bowman a conclu que la rémunération versée était raisonnable étant donné que le succès de l'entreprise reposait essentiellement sur l'expertise importante très particulière de M. Miller. Ce dernier bénéficiait d'une notoriété mondiale. Le juge a considéré que, puisque des parties non liées comme l'État du Koweït acceptaient de verser des sommes importantes pour bénéficier de son expertise, les bonis versés par Safety Boss à son principal actionnaire dirigeant étaient raisonnables. Le juge Bowman a appuyé ses conclusions sur l'arrêt *Gabco*. Il est mentionné que les sommes versées à l'actionnaire n'excédaient pas des sommes qui auraient été versées à une personne sans lien de dépendance :

« It has in my view been overwhelmingly established that the bonus paid to Mr. Miller in 1991 and the fees paid in 1992 to his company SBIL were fully commensurate with the services rendered by Mr. Miller and were not in excess of the amounts that it would have been reasonable to pay had the parties been at arm's length²⁵. »

²³ *Gabco*, précité, note 1.

²⁴ Précité, note 1.

²⁵ Le juge a ajouté le commentaire suivant : « I have with some difficulty resisted the temptation to comment on what Mr. Miller received in comparison to what presidents of large public corporations or baseball and basketball players get paid. ». *Id.*, p. 13, par. 53.

1.3.3. L'affaire *Mépalex*²⁶

Les trois enfants d'un couple d'actionnaires dirigeants ont reçu des bonis de la société contrôlée par leurs parents qui n'étaient pas raisonnables selon l'article 67 L.I.R., car l'apport de ces derniers à la société était très limité et ne justifiait pas cette rémunération. L'ARC a confirmé la cotisation aux motifs que, vu l'âge des enfants, leur fréquentation d'un établissement scolaire à plein temps, les montants en cause et les tâches effectuées, les salaires versés aux trois enfants n'étaient pas d'un montant raisonnable. Les enfants étaient alors âgés de 17, 13 et 12 ans et avaient reçu des bonis de l'ordre de 50 000 \$, 41 000 \$ et 35 000 \$ respectivement. Il n'y avait pas de documentation sur les heures travaillées. Les enfants étaient à l'école et l'enfant le plus âgé travaillait chez Wal-Mart 24 heures par semaine. Mépalex ne contestait pas le fait que les bonis étaient déraisonnables mais invoquait que l'ARC aurait pu appliquer le paragraphe 56(2) L.I.R. de manière que les actionnaires dirigeants s'imposent sur les sommes reçues par les enfants et que, de ce fait, Mépalex puisse déduire ces sommes. Il en découlait une double imposition.

La juge Lamarre Proulx a rejeté la demande de l'intimée. La juge a fait allusion qu'une demande de rectification juridique aurait peut-être pu être déposée, en se référant à l'arrêt *Juliar c. Canada (Attorney General)*²⁷. La Cour ne pouvait donner un effet rétroactif au paragraphe 56(2) L.I.R. La rémunération ne pouvait être restructurée de la manière suggérée par l'avocat de l'appelante. La Couronne a fait référence à l'arrêt *Friedberg c. La Reine*²⁸ pour préciser que le tribunal doit tenir compte de ce que le contribuable a réellement fait et non pas de ce qu'il aurait pu faire. La juge a invoqué que ce ne sont pas les parents qui sont intimés mais la société Mépalex, ainsi leur demande d'imposer les parents au lieu des enfants était sans objet.

« En droit fiscal, la forme a de l'importance. Une simple intention subjective, en l'espèce comme dans d'autres instances en matière fiscale, ne suffit pas en soi à modifier la caractérisation d'une opération aux fins de l'impôt. Lorsqu'un contribuable prend certaines dispositions formelles à l'égard de ses affaires, il peut s'ensuivre d'importants avantages fiscaux, quand bien même ces dispositions seraient prises principalement dans le but d'éviter des impôts (voir *La Reine c. Irving Oil*, 91 D.T.C. 5106, le juge Mahoney, J.C.A.). Toutefois, si un contribuable omet de prendre les mesures formelles appropriées, peut-être

²⁶ Précité, note 1.

²⁷ 2000 D.T.C. 6589 (Ont. C.A.).

²⁸ 92 D.T.C. 6031 (C.A.F.).

que des impôts devront être payés. S'il n'en était pas ainsi, Revenu Canada et les tribunaux se livreraient à des exercices interminables pour établir les intentions véritables derrière certaines opérations. Les contribuables et la Couronne chercheraient à restructurer des opérations après coup afin de profiter de la législation fiscale ou d'amener les contribuables à payer des impôts qu'ils pourraient autrement ne pas avoir à payer. Bien que la preuve de l'intention puisse parfois aider les tribunaux à clarifier des marchés, elle est rarement déterminante. En résumé, la preuve d'une intention subjective ne peut servir à "rectifier" des documents qui s'orientent clairement vers une direction précise²⁹. »

1.3.4. L'affaire *Costigane*³⁰

Un dentiste a établi une fiducie familiale, laquelle rendait des services de gestion et d'administration à la pratique professionnelle. Les enfants du dentiste étaient bénéficiaires de la fiducie. Des honoraires de gestion étaient versés à la fiducie pour les services, lesquels étaient facturés avec un multiple de quatre à cinq fois le salaire horaire des employés du dentiste. Les montants payés ont été considérés comme déraisonnables selon l'article 67 L.I.R. Le contribuable n'a pas été capable de démontrer qu'il aurait payé le même prix si des services semblables avaient été rendus par une personne sans lien de dépendance.

1.3.5. L'affaire *Ambulances B.G.R. inc.*³¹

M. Roger Fontaine, seul actionnaire d'Ambulances B.G.R. inc. (ci-après « l'appelante »), exploitait une entreprise de services ambulanciers. Les deux enfants de M. Fontaine participaient activement aux affaires de l'entreprise. Les enfants ont reçu des bonis variant entre 50 000 \$ et 136 000 \$ entre 1995 et 1997 et leur salaire de base semblait relativement peu élevé. L'un des enfants ne recevait aucun salaire de base. Le Ministère a invoqué les raisons suivantes pour rejeter la dépense de bonis :

- i) l'appelante a versé des bonis pour ramener le revenu imposable au seuil du plafond des affaires afin de bénéficier du taux d'imposition réduit accordé aux petites entreprises;

²⁹ *Id.*

³⁰ Précité, note 1.

³¹ Précité, note 1.

- ii) l'appelante n'a déterminé les bonis qu'à la fin de l'année pour chacun des exercices en litige;
- iii) les enfants n'étaient pas actionnaires de l'appelante;
- iv) l'appelante a versé des bonis uniquement aux membres de la famille et non pas aux autres employés.

Après l'analyse des faits, le juge Bédard a conclu que la rémunération versée sous forme de boni était pleinement déductible pour les raisons suivantes :

- les efforts des enfants ont grandement contribué au succès financier de la société (les enfants exerçaient plusieurs fonctions dans l'entreprise, celles d'ambulanciers mais aussi de contrôleurs, de préposés à la facturation, à la perception des comptes, à la signature de chèques, à la planification des horaires d'employés, à la gestion de situations de crise graves d'accidents; ils étaient disponibles 24 heures sur 24, 7 jours par semaine; ils s'occupaient des relations publiques, des achats et réparations d'équipement, etc.);
- les enfants étaient des personnes clés de l'entreprise car le père devait souvent s'absenter;
- l'ARC n'a pas tenu compte du fait que les enfants n'avaient pas été payés ou semblaient peu rémunérés et qu'il y avait aussi un effet de rattrapage dans les bonis reçus, promis par le père;
- le juge a repris le raisonnement présenté dans l'arrêt *Gabco*; il ne pouvait arriver à la conclusion qu'aucun homme d'affaires raisonnable n'ayant à l'esprit que les intérêts commerciaux de la société ne se serait engagé à verser de tels bonis.

2. PRÊT À L'ACTIONNAIRE

2.1. DÉVELOPPEMENT RÉCENT

L'affaire *VanNieuwkerk c. La Reine*³² nous rappelle combien il est important de bien documenter une transaction pour qu'elle soit valide sur le

³² [2004] 1 C.T.C. 2577 (C.C.I.) (ci-après « *VanNieuwkerk* »).

plan juridique et fiscal. Il s'agit d'une société qui avait avancé des fonds à l'un de ses actionnaires durant une certaine période de temps. Après avoir constaté que les paragraphes 15(2) et 80.4(1) L.I.R. s'appliquaient, le comptable de l'appelant suggérait au contribuable de transférer des actifs personnels (terrain, automobile et bateau) à la société en vue de réduire le prêt à l'actionnaire.

Le transfert des actifs n'a pas été enregistré, la juste valeur des actifs transférés n'était pas documentée. Cependant, des écritures comptables ont été inscrites aux livres afin de refléter ces transferts. Le juge Bowman a mentionné à cet égard que des écritures comptables ne créent pas la réalité juridique, elles doivent la refléter.

3. ERREUR COMPTABLE

3.1. DÉVELOPPEMENT RÉCENT

L'affaire *Tymchuk c. La Reine*³³ reprend le message transmis par l'arrêt *VanNieuwkerk*, selon lequel, en droit fiscal, la forme a de l'importance. Un actionnaire et seul employé d'une société obtenait de sa société des remboursements de dépenses. L'ARC a cotisé l'actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. en invoquant que les sommes remboursées à l'actionnaire constituaient un avantage conféré à celui-ci. L'actionnaire était courtier en immeubles. À la suite de la vérification de l'ARC, le contribuable a invoqué le fait que les sommes qui lui avaient été versées représentaient un prêt de l'actionnaire et auraient été comptabilisées à la dépense par erreur.

Le juge McArthur n'a pas cru les arguments du contribuable, lequel avait un titre professionnel comptable et faisait sa propre comptabilité. M. Tymchuk était pleinement conscient qu'il déduisait des dépenses qui n'étaient peut-être pas des dépenses d'entreprise dans le but de gagner du revenu. Les demandes de l'appelant correspondaient davantage à de la planification fiscale rétroactive en réaction à la vérification de l'ARC. La Cour canadienne de l'impôt a réitéré le principe que, pour prendre avantage des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il faut que les transactions soient valides sur le plan juridique et, après vérification de l'ARC, il est généralement trop tard pour restructurer une transaction.

³³ [2003] C.T.C. 699 (C.C.I.).

4. CONVERSION DE DIVIDENDE EN GAIN DE CAPITAL

La baisse du taux d'imposition sur le gain en capital, à la suite de la baisse du taux d'inclusion de 75 % à 50 %, est venue modifier les possibilités de planification fiscale. Le taux marginal le plus élevé sur un dividende est de 31,82 % en 2004, alors que le taux équivalent sur le gain en capital s'établit à 24,11 %, pour un particulier. Il s'ensuit une préférence pour un traitement de gain en capital. Par conséquent, de nombreux contribuables planifient leur transaction de vente d'actions afin de réaliser un gain en capital plutôt que de recevoir un dividende. Ces planifications ne se font pas sans risque comme en témoignent certaines interprétations techniques publiées par l'ARC.

4.1. INTERPRÉTATIONS TECHNIQUES

4.1.1. Interprétation technique 2002-0166655³⁴

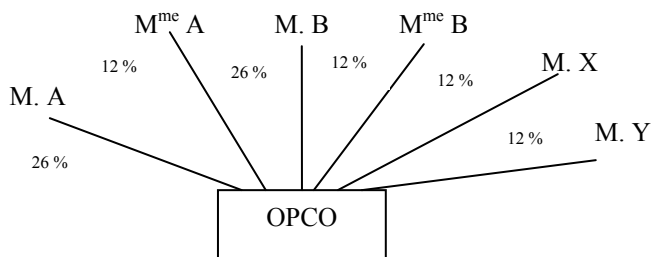
L'ARC peut être tenté d'invoquer l'article 84.1 L.I.R. et l'article 245 L.I.R. afin de recharacteriser un gain en capital en dividende réputé. L'interprétation technique 2002-0166655, publiée en 2003, présente la situation suivante :

Les actions de la société OPCO sont détenues dans les proportions suivantes :

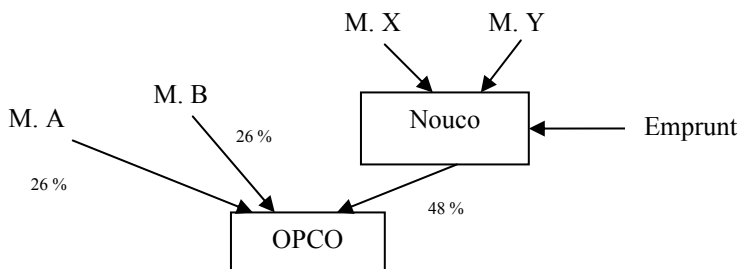
M. A	26 %
M ^{me} A	12 %
M. B	26 %
M ^{me} B	12 %
M. X	12 %
M. Y	<u>12 %</u>
	<u>100 %</u>

³⁴ CRA Views, *op. cit.*, note 11, interprétation technique 2002-0166655, 2003.

AVANT



APRÈS



Les transactions proposées sont les suivantes :

- 1) M. X et M. Y proposent d'acheter les actions détenues par M^{me} A et M^{me} B. Pour ce faire, il propose d'incorporer une société, NOUCO, dans laquelle M. X et M. Y détiendraient chacun 50 % des actions ordinaires;
- 2) NOUCO achètera les actions d'OPCO de M^{me} A et de M^{me} B à la juste valeur en contrepartie de l'émission d'un billet;
- 3) M^{me} A et M^{me} B réclameront la déduction pour gains en capital prévue au paragraphe 110.6(2.1) L.I.R.;

4) Après l'acquisition, NOUCO et OPCO fusionneront.

Selon les prétentions du contribuable, l'article 84.1 L.I.R. ne devrait pas s'appliquer à une telle série de transactions puisque les parties traitent entre elles sans lien de dépendance. Or, l'ARC laisse entendre que le lien de fait pourrait être invoqué pour appliquer l'article 84.1 L.I.R. L'ARC affirme que M. A, M^{me} A et M. B, M^{me} B ainsi que M. X et M. Y semblent agir de concert pour réaliser cette série de transactions. Les actionnaires semblent coopérer pour éviter l'impôt qui serait autrement payable si un dividende était versé au rachat des actions d'OPCO, détenues par M^{me} A et M^{me} B. De plus, la création et l'utilisation de NOUCO accommoderaient les actionnaires dans cette structure.

Nous pensons que, dans une telle structure, il serait difficile d'invoquer le fait que l'article 84.1 L.I.R. s'applique. NOUCO et M^{me} A et M^{me} B ne sont pas liées. NOUCO achètera les actions des vendeurs à une valeur qui devrait refléter une valeur négociée entre des parties sans lien de dépendance.

Cette valeur négociée est également invoquée dans l'affaire *McNichol c. La Reine*³⁵, dans laquelle le juge Bonner avait conclu que le lien de dépendance de fait ne s'appliquait pas et, par conséquent, l'article 84.1 L.I.R.³⁶ était inapplicable.

4.1.2. Interprétation technique 2003-0035435³⁷

Dans une autre situation présentée dans l'interprétation technique 2003-0035435, qui a été publiée en 2003, on décrit la situation suivante :

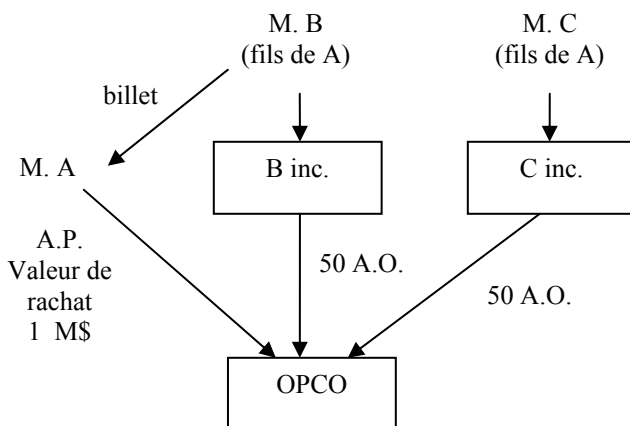
- 1) le capital-actions émis de la société OPCO est détenu dans les proportions suivantes;
- 2) M. A détient 1 000 000 d'actions privilégiées rachetables pour une somme de 1 \$ par action;

³⁵ [1997] 2 C.T.C. 2088 (C.C.I.).

³⁶ Pour une analyse plus approfondie sur l'article 84.1 L.I.R., le lecteur est invité à se référer au texte de Denis LACROIX, « Mise à jour sur l'article 84.1 L.I.R. », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 31:1-24.

³⁷ *CRA Views*, *op. cit.*, note 11, interprétation technique 2003-0035435, 2003.

- 3) B inc. et C inc. détiennent chacun 50 actions ordinaires d'OPCO. Le capital versé et le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de ces actions sont nominaux. Toutes les actions de B inc. sont détenues par M. B et toutes les actions de C inc. sont détenues par M. C;
- 4) M. B et M. C sont les fils de M. A;
- 5) M. A a déjà utilisé sa déduction pour gains en capital prévu à l'article 110.6 L.I.R.



M. A aimerait vendre ses actions durant une certaine période de temps. Il désire vendre ses actions privilégiées à ses fils au lieu de se faire racheter ses actions par OPCO. Une telle vente devrait permettre à M. A de réaliser un gain en capital plutôt qu'un dividende au rachat des actions privilégiées étant donné que le taux d'impôt sur le gain en capital est d'environ 8 % de moins que le taux d'impôt sur le dividende (pour une tranche de revenu supérieur) pour un individu résidant dans la province de Québec.

Les transactions proposées sont les suivantes :

- 1) Chaque année, pendant cinq ans, M. A vendra 100 000 actions privilégiées d'OPCO à M. B et à M. C. Il est prévu que M. A réalisera un gain en capital;
- 2) M. B et M. C émettront, en contrepartie, un billet payable à M. A de 100 000 \$, un mois après la vente;
- 3) M. B vendra les 100 000 actions privilégiées d'OPCO à B inc. en échange d'un billet de 99 900 \$ et 100 actions privilégiées. Un choix au paragraphe 85(1) L.I.R. et l'équivalent provincial seront produits. Le PBR des 100 000 actions privilégiées transférées à B inc. sera 100 000 \$. Le même transfert sera effectué par M. C;
- 4) OPCO rachètera les 200 000 actions privilégiées détenues par B inc. et C inc. Selon le paragraphe 84(3) L.I.R., B inc. et C inc. recevront chacune un dividende de 99 999 \$, qui sera déductible selon le paragraphe 112(1) L.I.R. Puisque B inc. et C inc. sont rattachées³⁸ à OPCO, seul un impôt de la Partie IV L.I.R. selon l'alinéa 186(1)b) L.I.R. serait exigible;
- 5) B inc. et C inc. utiliseront le produit du rachat pour rembourser le billet de 99 900 \$ et racheter les 100 actions privilégiées émises;
- 6) M. B et M. C paieront chacun 100 000 \$ à M. A en remboursement du billet payable à ce dernier.

Les prétentions du contribuable veulent que la conséquence fiscale de la vente des actions privilégiées de M. A à ses deux fils soit la réalisation d'un gain en capital. L'article 84.1 L.I.R. ne s'appliquerait pas pour traiter le produit reçu par M. A en un dividende réputé, étant donné que le PBR des actions pour M. B et M. C, respectivement, ne serait pas assujéti au paragraphe 84.1(2) L.I.R. De plus, le paragraphe 55(2) L.I.R. ne s'appliquerait pas au dividende intersociétés, car aucun gain en capital ne résulterait du rachat, étant donné que le PBR des actions privilégiées pour B inc. et C inc. est égal au produit de disposition.

L'ARC met en garde le contribuable à l'égard de l'application de l'article 84.1 L.I.R. ou l'article 245 L.I.R. L'ARC pourrait ne pas reconnaître le transfert des actions du père aux fils et prétendre que les actions d'OPCO

³⁸ Par. 186(4) L.I.R.

ont été directement transférées à B inc. et C inc. en se fondant sur l'arrêt *La Reine c. Jerrold D. Paxton*³⁹.

Dans l'arrêt *Paxton*, un contribuable et un autre actionnaire s'entendent pour vendre leurs actions de R ltée., une petite entreprise, à T inc. Le 27 novembre, la veille de la date fixée pour la transaction, le contribuable Paxton vend ses actions de R ltée. à ses enfants, recevant en contrepartie un billet à ordre. Le 28 novembre, les enfants transfèrent leurs actions à T inc. Le contribuable, en vendant à chacun de ses enfants, se prévaut des dispositions de l'ancien paragraphe 73(5) L.I.R., permettant le roulement intergénération des actions de petite entreprise. Pour l'une des ventes à l'un de ses enfants, le contribuable réclame une réserve pour gain en capital, selon l'alinéa 40(1.1)c) L.I.R., de manière que le paiement des actions vendues soit un placement à recevoir par versements durant une période de 10 ans. Le Ministère rejette le choix du contribuable relativement au paragraphe 73(5) L.I.R. et rejette également sa demande de réserve, en vertu du paragraphe 40(1.1) L.I.R., durant une période étendue de 10 ans. Le litige porte sur la question de disposition. La Cour canadienne de l'impôt donne raison au contribuable et accepte de reconnaître la disposition en faveur des enfants préalablement à la vente des actions au tiers (T inc.). La Cour d'appel fédérale a renversé la décision de la Cour canadienne de l'impôt en prétendant qu'il n'y avait pas eu transfert véritable en faveur des enfants puisque ceux-ci n'avaient jamais eu le droit de décider de l'utilisation de ces actions. Les ventes aux enfants n'étaient valides que si les actions étaient subséquemment vendues à T inc.

L'arrêt *Paxton* vient donc nous rappeler, encore une fois, que la fiscalité est une question de droit et qu'il est important qu'un transfert d'actions soit valide sur le plan juridique si l'on désire une conséquence fiscale donnée.

Par conséquent, il devient difficile de conclure et même de prétendre que l'article 84.1 L.I.R. peut s'appliquer dans le cas présenté ci-dessus, lorsque les transactions de transfert d'actions privilégiées du père au fils sont valides sur le plan juridique.

De façon alternative, l'ARC se réserve le droit d'appliquer la règle générale antiévitement⁴⁰ (ci-après « RGAÉ »). L'ARC avance qu'il y aurait un avantage fiscal et une transaction d'évitement selon le paragraphe 245(3) L.I.R., en se référant à l'arrêt *RMM Canadian Enterprises Inc. c. La*

³⁹ 97 D.T.C. 5012 (C.A.F.) (ci-après « *Paxton* »).

⁴⁰ Art. 245 L.I.R.

*Reine*⁴¹, dans laquelle le juge Bowman fait le commentaire suivant sur le dépouillement de surplus :

« I would add only this: the Income Tax Act, read as a whole, envisages that a distribution of corporate surplus to shareholders is to be taxed as a payment of dividends. A form of transaction that is otherwise devoid of any commercial objective, and that has as its real purpose the extraction of corporate surplus and the avoidance of the ordinary consequences of such a distribution, is an abuse of the Act, as a whole⁴². »

Ce commentaire du juge Bowman a été émis avant le jugement rendu dans l'affaire *Geransky c. La Reine*⁴³, lequel a également été rendu par le juge Bowman et a donné raison au contribuable à l'égard d'une décision qui comportait un certain dépouillement de surplus. Dans un tel contexte, le transfert d'une entreprise à la prochaine génération peut s'avérer difficile à réaliser sur le plan fiscal.

CONCLUSION

Comme on peut le constater, les règles à l'égard de la déductibilité des salaires et bonis, à l'actionnaire dirigeant et aux membres de sa famille, ont été remises en question à plusieurs reprises par l'ARC, et les tribunaux ont eu à se prononcer sur cette question. Si l'on sait maintenant que la structure n'est généralement pas un enjeu important, il reste que l'ARC pourrait contester des salaires et bonis versés à des non-résidents en invoquant non seulement l'article 67 L.I.R., mais aussi l'article 247 L.I.R.

La baisse du taux d'impôt applicable au gain en capital devrait inciter le contribuable à structurer ses affaires en vue de maximiser un tel gain au détriment du dividende. Il faut cependant prendre bien soin de revoir les conditions d'application de l'article 84.1 L.I.R., lesquelles pourraient transformer un gain en capital en un dividende réputé. Nous continuons de penser que l'existence d'une règle antiévitement spécifique sur la conversion d'un dividende en gain en capital rend plus difficile l'application de RGAÉ⁴⁴.

⁴¹ 97 D.T.C. 302 (C.C.I.).

⁴² *Id.*

⁴³ 2001 D.T.C. 243 (C.C.I.).

⁴⁴ Art. 245 L.I.R.

ANNEXE 1

Le tableau suivant montre l'économie (coût) de gagner un revenu d'entreprise exploité activement par l'entremise d'une société en comparaison avec un même revenu gagné directement par un individu, en 2004.

<i>Revenu gagné par la société</i>	<u>REEA<250K</u>	<u>REEA>250K</u>
Revenu imposable	1 000 \$	1 000 \$
Impôt corporatif	(220)	(310)
Montant à distribuer (A)	780	690
Impôt de l'individu	(256)	(226)
Net à l'individu (B)	<u>524 \$</u>	<u>463 \$</u>
<i>Revenu gagné directement par l'individu</i>		
Revenu imposable	1 000 \$	1 000 \$
Impôt personnel	(482)	(482)
Net à l'individu (C)	<u>518 \$</u>	<u>518 \$</u>
<i>Sommaire</i>		
Économie (coût) de gagner le revenu par la société (B-C)	<u>6 \$</u>	<u>(54 \$)</u>
Report d'impôts (A-C)	<u>262 \$</u>	<u>172 \$</u>

ANNEXE 2

Le tableau suivant montre l'économie (coût) de gagner un revenu de placement par l'entremise d'une société en comparaison avec un même revenu gagné directement par un individu, en 2004.

Revenu gagné par la société

Revenu imposable	1 000 \$
Impôt	(520)
(A)	480
IMRTD	240
Revenu à distribuer	(B) 720
Impôt de l'individu	(236)
Net à l'individu	<u>484 \$</u>

Revenu gagné directement par l'individu

Revenu imposable	1 000 \$
Impôt personnel	(482)
Net à l'individu	(C) <u>518 \$</u>

Sommaire

Économie (coût) de gagner le revenu par la société (A-B)	<u>(34 \$)</u>
Fonds additionnels disponibles à la société (A-C)	<u>(38 \$)</u>

ANNEXE 3

Le tableau suivant montre l'économie (coût) de gagner un gain en capital par l'entremise d'une société en comparaison avec un même revenu gagné directement par un individu, en 2004.

Revenu gagné par la société		-
Revenu imposable		1 000 \$
Impôt		(260)
	(A)	740
IMRTD		120
À distribuer		860
Distribution :		
Dividende en capital		500 \$
Dividende imposable		360
Total distribué		860
Impôt de l'individu		(118)
Net à l'individu	(B)	742 \$
Revenu gagné directement par l'individu		
Revenu personnel		1 000 \$
Impôt personnel		(241)
Net à l'individu	(C)	759 \$
Sommaire		
Économie (coût) de gagner le revenu par la société (B-C)		(17)
Fonds additionnels disponibles à la société (A-C)		(19)

ANNEXE 4

Le tableau suivant montre l'économie (coût) de gagner un revenu de dividende provenant du compte de surplus exonéré d'une SÉA par l'entremise d'une société en comparaison avec un même revenu gagné directement par un individu, en 2004.

Hypothèse :

- 1) Il y a une retenue de 10 % sur le dividende, versé à l'actionnaire corporatif canadien, provenant de la SÉA.
- 2) Il y a une retenue de 15 % sur le dividende, versé à l'individu, provenant de la SÉA.

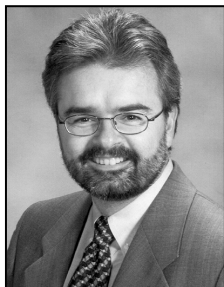
<i>Revenu gagné par la société</i>	-
Revenu de la SÉA	1 000 \$
Déduction selon art. 113 L.I.R.	<u>(1 000)</u>
Revenu imposable	-
Retenue @ 10 %	<u>100</u>
À distribuer (A)	900
Impôt payable par l'individu	<u>(295)</u>
Net à l'individu (B)	<u><u>605 \$</u></u>

<i>Revenu gagné par l'individu</i>	
Revenu personnel	1 000 \$
Retenue @ 15 %	(150)
Impôt personnel	(482)
CIE	<u>150</u>
Net à l'individu (C)	<u><u>518 \$</u></u>

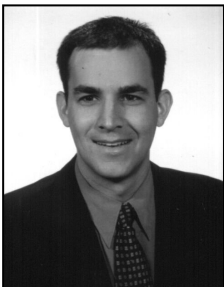
Sommaire

Économie (coût) de gagner le revenu par la société (B-C)	<u><u>87 \$</u></u>
Fonds additionnels disponibles à la société (A-C)	<u><u>382 \$</u></u>

PLANIFICATION FISCALE POUR L’ACTIONNAIRE DIRIGEANT



Sylvain Charest
CA, DESS Fisc.
KPMG s.r.l./S.E.N.C.R.L.



Stéphane Grégoire
Avocat, BAA, M. Fisc.
KPMG s.r.l./S.E.N.C.R.L.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 2:3

1. FONCTIONNEMENT DU SYSTÈME FISCAL 2:3

2. POSSIBILITÉS DE FRACTIONNEMENT ENTRE CONJOINTS 2:7

2.1. DIVIDENDES 2:8

2.2. SALAIRE 2:10

2.3. INTÉRÊT..... 2:11

2.3.1. Technique n° 1 : prêt sans intérêt ou
à faible taux d’intérêt octroyé au conjoint..... 2:11

2.3.2. Technique n° 2 : prêt portant intérêt au taux
prescrit octroyé au conjoint..... 2:12

2.3.3. Technique n° 3 : prêt portant intérêt octroyé
par une tierce personne..... 2:13

2.4.	DISPOSITION DU BIEN PRÊTÉ OU TRANSFÉRÉ GÉNÉRANT UN GAIN EN CAPITAL	2:13
2.5.	CONTRIBUTION AU REÉR DU CONJOINT	2:14
3.	IMPÔT DES ENFANTS MINEURS	2:15
4.	POSSIBILITÉS DE FRACTIONNEMENT AVEC LES ENFANTS	2:18
4.1.	DIVIDENDE	2:18
4.1.1.	Technique n° 1 : paiement d'un dividende (autre qu'un dividende en capital)	2:18
4.1.2.	Technique n° 2 : paiement d'un dividende en capital	2:19
4.2.	SALAIRE	2:20
4.3.	INTÉRÊT	2:21
4.4.	DISPOSITION DU BIEN PRÊTÉ OU TRANSFÉRÉ GÉNÉRANT UN GAIN EN CAPITAL	2:22
5.	GEL SUCCESSORAL	2:23
5.1.	QU'EST-CE QU'UN GEL SUCCESSORAL?	2:23
5.2.	TECHNIQUES DE GEL SUCCESSORAL	2:23
5.2.1.	Donation du bien	2:23
5.2.2.	Vente directe	2:24
5.2.3.	Transfert à une société (gel classique)	2:25
5.2.4.	Transfert d'actifs à une société (gel renversé)	2:26
5.3.	TECHNIQUES DE GEL À L'INTERNE	2:27
5.3.1.	Échange d'actions – Article 51 L.I.R.	2:27
5.3.2.	Transfert d'actions (roulement interne) – Article 85 L.I.R.	2:28
5.3.3.	Remaniement de capital – Article 86 L.I.R.	2:29
5.4.	UTILISATION DE LA FIDUCIE DANS LE CADRE D'UN GEL SUCCESSORAL	2:29
	CONCLUSION	2:30

INTRODUCTION*

À une époque où la tendance semble favoriser les stratégies fiscales complexes, il est bien de se remémorer certaines stratégies fiscales de fractionnement du revenu qui, tout en étant d'une certaine simplicité, assurent aux actionnaires dirigeants une saine gestion de leur fiscalité. Dans ce contexte, il est nécessaire de se demander, dans un premier temps, s'il est opportun et avantageux en 2004 de tenter de fractionner le revenu entre les membres d'une même famille québécoise. Dans un deuxième temps, il est nécessaire de déterminer s'il existe toujours des techniques de fractionnement du revenu disponibles entre conjoints et enfants, et ce, malgré les nombreuses règles antiévitement prévues dans la législation fiscale.

Ainsi, dans le présent texte, nous ferons une brève revue de certaines planifications fiscales de fractionnement du revenu touchant de près ou de loin l'actionnaire dirigeant d'une entreprise. Ces planifications viseront essentiellement diverses techniques de fractionnement du revenu encore disponibles pour l'actionnaire dirigeant et les membres de sa famille. Les stratégies et notions discutées porteront, par ailleurs, sur l'utilisation de la fiducie en matière de planification fiscale pour l'actionnaire dirigeant. Puis, nous nous remémorerons les diverses règles et techniques de gel successoral accessibles à l'actionnaire dirigeant.

1. FONCTIONNEMENT DU SYSTÈME FISCAL

Les systèmes fiscaux canadien et québécois sont établis de façon à avoir recours à un système d'imposition dit « progressif » des revenus. Ultimement, cela signifie que le taux d'impôt appliqué sur chaque dollar généré par un contribuable augmente au fur et à mesure que le revenu du contribuable s'accroît. En conséquence, l'impôt payé sur deux revenus (2 x 100 000 \$) sera moindre que l'impôt payé sur un seul revenu d'un même montant (200 000 \$). Cette mécanique d'imposition à taux progressifs est le principal élément qui motive des planifications fiscales impliquant un fractionnement du revenu. En fait, il est plus avantageux pour un contribuable d'essayer de répartir la réception des revenus familiaux entre les divers membres d'une même famille plutôt qu'une seule personne s'impose sur la totalité de ces revenus.

* Les auteurs tiennent à remercier M^{cs} Chantal Lussier et Carle Dupont ainsi que Catherine Gosselin de la firme KPMG s.r.l./S.E.N.C.R.L. pour leur précieuse collaboration à la rédaction de ce texte.

Dans cette optique, il est intéressant de quantifier en 2004 quelle économie réelle représente une situation de fractionnement du revenu entre deux membres d'une même famille québécoise. Cette démarche est indispensable afin de déterminer l'opportunité de mettre en place une telle structure de fractionnement du revenu. L'économie d'impôts générée par la mise en place d'une technique de fractionnement du revenu doit évidemment être confrontée à l'ensemble des coûts associés à la réorganisation ainsi qu'au niveau de risque qu'elle peut impliquer.

Les tableaux qui vont suivre présentent l'économie d'impôts que peuvent représenter diverses situations de fractionnement de revenu pour des conjoints, résidents du Québec, qui génèrent un revenu d'intérêts, un revenu d'entreprise, un revenu de dividendes et un revenu de charge et d'emploi¹.

Voici les hypothèses de travail qui ont servi à établir une estimation de l'impôt à payer en fonction de la source du revenu et du niveau de revenu des conjoints :

- les conjoints A et B sont résidents du Québec au 31 décembre 2004;
- la date de naissance des contribuables est le 1^{er} janvier 1950;
- montant personnel de base fédéral : 8 012 \$;
- montant de base au Québec : 6 275 \$;
- montant maximal pour époux ou conjoint de fait : 6 803 \$;
- au Québec, une déclaration simplifiée a été utilisée lorsque cela est avantageux;
- montant de base plus le montant forfaitaire (pour le Québec, régime simplifié) : 9 200 \$;
- taux d'imposition pour 2004 selon les données du tableau qui suit.

¹ À notre connaissance, l'exercice a déjà été fait en 2003 dans une conférence de l'Association canadienne d'études fiscales à l'égard de résidents de la province de la Colombie-Britannique, mais pas à l'égard de résidents du Québec.

Juridiction	Taux et tranches d'imposition		
Fédéral	16 %	0 \$	– 35 000 \$
	22 %	35 001 \$	– 70 000 \$
	26 %	70 001 \$	– 113 804 \$
	29 %	113 805 \$	et plus
Québec	16 %	0 \$	– 27 635 \$
	20 %	27 636 \$	– 55 280 \$
	24 %	55 281 \$	et plus

- crédits d'impôt non remboursables du Québec transférés entre conjoints lorsque cela est plus avantageux;
- plafond des cotisations au Régime de rentes du Québec (ci-après « RRQ ») : 1 831,50 \$;
- plafond des cotisations à l'assurance-emploi (ci-après « AE ») : 772,20 \$;
- le montant nécessaire à titre de cotisations au RRQ et à l'AE a été prélevé sur les salaires;
- aucune cotisation à un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») n'a été considérée.

Tableau 1 : Économies d'impôts au fédéral et au Québec générées par un fractionnement de revenus d'intérêt

		2004							
		Conjoint A			Conjoint B				
Revenu conjoint A	Revenu conjoint B	Impôt fédéral	Impôt Québec	Total conjoint A	Impôt fédéral	Impôt Québec	Total conjoint B	Impôts totaux à payer	Économie d'impôts
200 000 \$; crédit pour conjoint	0	39 508	42 004	81 512	0	0	0	81 512	0
170 000	30 000	33 153	36 644	69 797	2 938	3 205	6 143	75 939	5 573
150 000	50 000	28 310	31 844	60 154	6 361	7 291	13 652	73 806	7 707
140 000	60 000	25 888	29 444	55 332	8 198	9 580	17 778	73 110	8 402
120 000	80 000	21 045	24 580	45 625	12 206	14 580	26 786	72 411	9 101
100 000	100 000	16 548	19 580	36 128	16 548	19 580	36 128	72 256	9 256

Tableau 2 : Économies d'impôt au fédéral et au Québec générées par un fractionnement de revenus d'entreprise

2004									
Conjoint A					Conjoint B				
Revenu conjoint A	Revenu conjoint B	Impôt fédéral	Impôt Québec	Total conjoint A	Impôt fédéral	Impôt Québec	Total conjoint B	Impôts totaux à payer	Économie d'impôts
200 000 \$; crédit pour conjoint	0	38 820	45 227	84 047	0	0	0	84 047	0
170 000	30 000	32 465	39 867	72 332	2 587	5 566	8 153	80 485	3 562
150 000	50 000	27 622	35 067	62 689	5 780	10 569	16 349	79 038	5 009
140 000	60 000	25 200	32 667	57 867	7 617	12 785	20 402	78 269	5 778
120 000	80 000	20 357	27 785	48 142	11 564	17 785	29 349	77 491	6 557
100 000	100 000	15 906	22 785	38 691	15 906	22 785	38 691	77 381	6 666

Tableau 3 : Économies d'impôt au fédéral et au Québec générées par un fractionnement de revenus de dividendes

2004									
Conjoint A					Conjoint B				
Revenu conjoint A	Revenu conjoint B	Impôt fédéral	Impôt Québec	Total conjoint A	Impôt fédéral	Impôt Québec	Total conjoint B	Impôts totaux à payer	Économie d'impôts
200 000 \$; crédit pour conjoint	0	23 783	34 545	58 328	0	0	0	58 328	0
170 000	30 000	19 786	28 545	48 331	0	1 199	1 199	49 530	8 798
150 000	50 000	16 515	24 545	41 060	1 699	3 934	5 633	46 693	11 634
140 000	60 000	14 880	22 545	37 425	2 771	6 014	8 784	46 210	12 118
120 000	80 000	11 610	18 494	30 104	5 415	10 174	15 589	45 692	12 636
100 000	100 000	8 339	14 334	22 673	8 339	14 334	22 673	45 346	12 981

Tableau 4 : Économies d'impôt au fédéral et au Québec générées par un fractionnement de revenu de charge et d'emploi

2004									
Conjoint A					Conjoint B				
Revenu conjoint A	Revenu conjoint B	Impôt fédéral	Impôt Québec	Total conjoint A	Impôt fédéral	Impôt Québec	Total conjoint B	Impôts totaux à payer	Économie d'impôts
200 000 \$; crédit pour conjoint	0	39 161	41 004	80 164	0	0	0	80 164	0
170 000	30 000	32 805	35 644	68 449	2 683	3 055	5 738	74 187	5 978
150 000	50 000	27 962	30 844	58 806	6 013	7 055	13 068	71 874	8 290
140 000	60 000	25 540	28 444	53 984	7 850	9 244	17 094	71 078	9 086
120 000	80 000	20 697	23 644	44 341	11 858	14 044	25 902	70 243	9 921
100 000	100 000	16 200	18 844	35 044	16 200	18 844	35 044	70 088	10 076

Selon les tableaux ci-dessus, il appert toujours profitable de fractionner du revenu entre conjoints. Principalement, il est intéressant de fractionner du revenu de dividendes et du revenu de charge et d'emploi. Les économies qui peuvent être générées dans une telle situation doivent cependant être pondérées avec les coûts qui seront nécessaires pour mettre en place une telle planification de fractionnement du revenu.

Dans la mesure où une situation de fractionnement du revenu génère une économie d'impôts intéressante pour un contribuable, il est indispensable, dans le cadre du présent texte, de déterminer s'il demeure en 2004 des techniques de fractionnement du revenu accessibles pour l'actionnaire dirigeant.

Plusieurs dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*² et de la *Loi sur les impôts*³ empêchent les planifications de fractionnement du revenu entre conjoints et auprès des enfants mineurs. Généralement, l'effet de ces règles consiste à rediriger l'imposition du revenu vers le contribuable qui n'est pas nécessairement le bénéficiaire de celui-ci, ou celui qui a éventuellement le droit de recevoir ledit revenu.

Nous vous présenterons, tout au cours du présent texte, diverses règles d'attribution qui empêchent les contribuables de recourir aux techniques de fractionnement du revenu. Dans l'immédiat, nous tenons à vous présenter certaines possibilités de fractionnement du revenu qui demeurent accessibles malgré la myriade de règles d'attribution en vigueur.

2. POSSIBILITÉS DE FRACTIONNEMENT ENTRE CONJOINTS

Les techniques de fractionnement du revenu entre conjoints sont d'un certain intérêt dans la mesure où l'un des conjoints n'a aucun revenu ou seulement un faible revenu, alors que l'autre conjoint a des revenus importants. En effet, lorsque les revenus d'un des conjoints sont imposés à un taux d'imposition marginal supérieur au taux applicable aux revenus de l'autre conjoint, il devient intéressant de diriger certaines sources de revenus vers le contribuable ayant un taux d'imposition marginal inférieur.

Illustrons cette situation avec l'exemple suivant : supposons que le conjoint A gagne plus de 120 000 \$ par année et que son conjoint B a un

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

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

salaire annuel de 35 000 \$. Le conjoint A sera imposé à un taux marginal d'impôt de 48 %, tandis que le taux d'imposition marginal du conjoint B sera de 38 %. En supposant que le conjoint A possède un bien lui rapportant annuellement 5 000 \$ en revenu d'intérêts et que ce revenu est imposé à son niveau, il paiera 2 400 \$⁴ en impôt. En contrepartie, si le conjoint B était imposé sur ce même montant, l'impôt payé serait réduit à 1 900 \$⁵, entraînant ainsi une économie d'impôts de 500 \$.

Reste-t-il des techniques de planification fiscale permettant de fractionner le revenu d'un contribuable au profit de son conjoint? Le cas échéant, est-ce que ces planifications fiscales permettent à tout coup d'éviter l'application des règles d'attribution? Il existe en effet certaines techniques permettant de fractionner certains types de revenus au profit du conjoint. Toutefois, il est important de bien se renseigner au préalable sur les règles fiscales entourant le type de fractionnement souhaité, afin d'éviter l'application des règles d'attribution. Ces dernières ont été créées par les instances gouvernementales afin d'empêcher les contribuables de contourner l'effet progressif des taux d'imposition.

2.1. DIVIDENDES

Dans un premier temps, l'actionnaire dirigeant doit considérer le véhicule légal au moyen duquel il exploitera son entreprise. Dans la mesure où l'actionnaire dirigeant exploite son entreprise au moyen d'une société, cette dernière peut permettre à celui-ci de diriger l'imposition de certains revenus vers son conjoint assujéti à un taux d'imposition moins élevé. En effet, l'utilisation d'une société permet de fractionner du revenu par le paiement de dividendes au profit du conjoint. Il est intéressant pour l'actionnaire dirigeant de créer des catégories distinctes d'actions, lesquelles permettent le paiement de dividendes discrétionnaires⁶ à l'un ou l'autre des conjoints. Le paiement d'un dividende n'est pas soumis au test de raisonnabilité prévu à l'article 67 L.I.R., contrairement aux dépenses générales de l'entreprise. Toutefois, cela n'implique nullement que le paiement d'un dividende au conjoint ne doit pas être fait avec prudence.

⁴ 5 000 \$ x 48 % = 2 400 \$.

⁵ 5 000 \$ x 38 % = 1 900 \$.

⁶ *McClurg c. La Reine*, 91 D.T.C. 5001 (C.S.C.) et *Neuman c. La Reine*, 98 D.T.C. 6297 (C.S.C.).

En effet, dans un contexte de « réorganisation » d'une entreprise, nos propos doivent être nuancés à la lumière des décisions *La Reine c. Kieboom*⁷ et *Romkey et autres c. La Reine*⁸. Dans l'arrêt *Kieboom*, la conjointe et les enfants du contribuable avaient souscrit à des actions ordinaires de la société pour une considération nettement inférieure à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des actions. Il a été décidé par la Cour d'appel fédérale que le contribuable s'était départi d'un intérêt économique dans son entreprise au profit de sa conjointe et de ses enfants et qu'il en résultait un transfert indirect de l'avoir du contribuable au profit de ceux-ci. Dans cette décision, il est important de retenir que la Cour est venue statuer que le fait de donner une partie de sa détention dans les capitaux propres de sa société par l'émission de nouvelles actions constitue un transfert de propriété aux fins de l'article 74.1 L.I.R.

Dans l'affaire *Romkey*, la Cour d'appel fédérale avait à déterminer si le paragraphe 74.1(2) L.I.R. devait s'appliquer dans une situation où des dividendes avaient été payés sur des actions que détenaient deux fiducies dans l'entreprise familiale. En fait, l'entreprise familiale était contrôlée par deux frères, Brian et Barrie Romkey, et chacun d'entre eux avait créé une fiducie en faveur de leurs enfants mineurs. Dans cette affaire, la Cour s'est appuyée sur le paragraphe 74.1(2) L.I.R. pour conclure que les appelants avaient bel et bien effectué un transfert de biens en faveur de leurs enfants lorsqu'ils ont émis des actions aux fiducies, et ce, pour le motif qu'ils se sont départis de leur droit de recevoir des dividendes dans le futur. On notera que la Cour s'est appuyée sur la décision *Kieboom* afin de conclure à l'application du paragraphe 74.1(2) L.I.R.

Néanmoins, cette décision doit être prise en considérant tous les faits qui s'y rattachent. En effet, les actions émises aux fiducies au profit des enfants ont été, bien que transigées à la JVM, achetées avec des fonds dont on n'a pu démontrer qu'ils étaient la propriété des enfants. En effet, malgré le fait que les appelants aient affirmé que les fonds utilisés pour acheter les actions provenaient des allocations familiales données aux fiducies par les mères des enfants, aucune preuve n'a pu démontrer que c'était bien ces montants d'allocations familiales qui avaient servi à acheter lesdites actions.

Malheureusement, la décision laisse planer le doute quant à la non-application des règles d'attribution même dans le cas où les actions auraient été réellement financées à même ces sommes. En se basant sur la décision

⁷ 92 D.T.C. 6382 (C.A.F.) (ci-après « *Kieboom* »).

⁸ 2000 D.T.C. 6047 (C.A.F.) (ci-après « *Romkey* »).

Kieboom, la Cour a considéré un transfert d'intérêts lors de l'émission des actions aux fiducies alors que dans cette décision, contrairement à celle de l'arrêt *Kieboom*, aucune valeur économique n'a été transférée puisque la transaction avait été effectuée à la JVM. Cette référence à la décision *Kieboom* soulève donc un doute quant à la légitimité même du gel successoral. C'est pourquoi nous croyons que la décision *Romkey* doit être appliquée avec réserve et dans un contexte bien précis.

La lecture des deux décisions, *Kieboom* et *Romkey*, nous amène aux deux conclusions suivantes. Tout d'abord, pour éviter l'application de l'arrêt *Kieboom*, il faut que les actions soient achetées pour une contrepartie correspondant à la JVM des actions. Ensuite, pour éviter l'application de l'arrêt *Romkey*, il faut s'assurer de la provenance des fonds qui serviront à l'achat des actions. À titre d'exemple, il serait bon que la fiducie acquière les actions à même sa marge de crédit.

Par ailleurs, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »)⁹ a précisé que la règle d'attribution prévue au paragraphe 74.1(2) L.I.R. ne s'appliquera pas, de façon générale, au gel successoral « type ». Ainsi, cette disposition ne devrait pas s'appliquer pour attribuer, au contribuable qui effectue le gel successoral, les dividendes payés sur les actions détenues par une fiducie au profit d'enfants ou du conjoint, dans la mesure où les actions détenues par la fiducie sont émises pour une considération égale à leur JVM et sont payées avec des sommes qui n'ont pas été versées par le contribuable qui effectue le gel.

Les commentaires ci-dessus mettent en lumière la nécessité pour les fiscalistes de bien conseiller leurs clients lors de la création d'une nouvelle société afin de permettre notamment à ces derniers d'optimiser les possibilités de fractionnement du revenu auprès des membres de leurs familles. Dans le cadre d'une réorganisation, le contribuable devra s'assurer que les conditions mises en lumière précédemment soient respectées afin d'éviter l'application des règles d'attribution.

2.2. SALAIRE

Par ailleurs, il est possible de fractionner le revenu par le paiement d'un montant de salaire au conjoint de l'actionnaire dirigeant. On notera que le salaire n'est aucunement visé par les règles d'attribution. Ainsi, dans la

⁹ *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 2001-0072705, 8 mai 2001.

mesure où le salaire respecte le test de raisonabilité prévu à l'article 67 L.I.R., il sera déductible comme dépense pour la société qui le paie et imposable pour le conjoint à faible revenu. De façon générale, le conjoint de l'actionnaire dirigeant doit réellement travailler pour l'entreprise et le salaire qui lui est versé doit pouvoir se justifier afin d'être jugé raisonnable au sens de l'article 67 L.I.R. De plus, ce scénario a l'avantage de créer un montant additionnel de revenu gagné aux fins des contributions à un REÉR auquel le conjoint pourra par la suite cotiser.

2.3. INTÉRÊT

Dans un contexte économique où les taux d'intérêt sont peu élevés, il est intéressant d'envisager diverses situations de prêts entre conjoints afin d'imposer les revenus d'intérêts du conjoint ayant le taux d'imposition marginal inférieur. Toutefois, il est primordial de s'assurer que les règles d'attribution, prévues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ne trouveront pas application.

Lorsque certaines conditions sont réunies, le paragraphe 74.1(1) L.I.R. prévoit que les revenus ou les pertes réellement réalisés par un bien prêté ou transféré seront attribués à l'auteur du transfert. Cette règle d'attribution des revenus ou des pertes à l'auteur du transfert trouve application lorsqu'un particulier prête ou transfère un bien, directement ou indirectement par une fiducie ou autrement, à une personne qui est son conjoint ou qui le deviendra par la suite, ou au profit de celle-ci.

Toutefois, tel qu'il a été mentionné ci-dessus, certaines possibilités de fractionnement du revenu peuvent être envisagées en matière de revenus d'intérêts afin d'éviter en totalité ou en partie l'application du paragraphe 74.1(1) L.I.R.

2.3.1. Technique n° 1 : prêt sans intérêt ou à faible taux d'intérêt octroyé au conjoint

Cette première technique intéressera le conjoint-prêteur qui ne souhaiterait exiger aucun taux d'intérêt ou encore réclamer un faible taux d'intérêt sur le prêt qu'il accordera à son conjoint. Toutefois, cette technique ne permet que de fractionner une partie du revenu généré par le prêt ou le transfert d'un bien au profit du conjoint à revenu moins élevé (conjoint B). En effet, si le conjoint-prêteur, le conjoint A, octroie un prêt sans intérêt à son conjoint ayant un revenu moins élevé, le conjoint B, les revenus réalisés sur le bien vont lui être attribués. L'octroi d'un prêt sans intérêt ou à faible taux d'intérêt entre conjoints aura pour conséquence que le conjoint-prêteur,

le conjoint A, sera imposé sur le revenu d'investissement réalisé sur le montant de principal prêté ou transféré au conjoint à revenu moins élevé, le conjoint B. Néanmoins, ce dernier sera imposé sur les revenus de réinvestissement (revenus et gain en capital) qui seront ultérieurement générés.

À la suite d'un prêt effectué par un contribuable au profit de son conjoint, il est intéressant de noter que le revenu dit de « réinvestissement » est exempt en toutes circonstances de l'application des règles d'attribution.

Toutefois, il existe une autre possibilité de fractionner la totalité des revenus d'intérêts générés par un bien prêté par le conjoint A à son conjoint B : le prêt portant intérêt au taux prescrit par la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

2.3.2. Technique n° 2 : prêt portant intérêt au taux prescrit octroyé au conjoint

Est-ce que tous les prêts portant intérêt sont protégés de l'application du paragraphe 74.1(1) L.I.R.? La réponse est non. Pour éviter l'attribution du revenu d'investissement à l'auteur du prêt, le conjoint A, il faut que l'intérêt applicable au prêt soit au minimum égal au taux prescrit en vigueur à la date où le prêt a été consenti entre les deux conjoints. De plus, ces intérêts doivent être réellement payés au plus tard 30 jours après la fin de l'année donnée. Si ces conditions sont respectées, le conjoint B sera imposé sur les revenus d'investissement générés et ceux-ci ne devraient pas être attribués au conjoint A. Dans le cas contraire, le paragraphe 74.1(1) L.I.R. trouvera application et les revenus d'intérêts générés par le capital du prêt seront imposables pour l'auteur du prêt, le conjoint A.

Actuellement, le taux prescrit aux fins des règles d'attribution est de 3 % pour la période du 1^{er} octobre 2004 au 31 décembre 2004. Ainsi, un taux d'intérêt de 3 % ou plus sera jugé raisonnable par l'ARC pour des prêts contractés, entre conjoints, au cours de cette période. D'un point de vue fiscal, le conjoint A devra inclure, dans le calcul de son revenu, un revenu d'intérêts de 3 % dans l'année où il le reçoit. Cependant, le conjoint B sera imposé sur le revenu d'investissement. De plus, ce dernier pourra également bénéficier d'une déduction pour l'intérêt de 3 % qu'il aura versé au conjoint A.

2.3.3. Technique n° 3 : prêt portant intérêt octroyé par une tierce personne

Il existe également une troisième technique pour fractionner la totalité du revenu d'intérêts généré par l'investissement d'un bien prêté. Cette technique consiste pour le conjoint B à obtenir un prêt pour investissement d'une tierce partie. Afin d'éviter que des règles d'attribution prévues au paragraphe 74.1(1) L.I.R. ne s'appliquent à cette planification, il faut éviter que le conjoint A ne garantisse le remboursement du prêt. Le conjoint A peut toutefois prêter les fonds nécessaires au paiement des intérêts par son conjoint, le conjoint B. Aucune règle d'attribution ne s'appliquera dans la mesure où le principal de la dette n'est pas payé par le conjoint A. Le conjoint B pourra déduire l'intérêt qu'il aura payé et cela aura permis au conjoint ayant le revenu le moins élevé d'augmenter ses revenus d'investissement.

2.4. DISPOSITION DU BIEN PRÊTÉ OU TRANSFÉRÉ GÉNÉRANT UN GAIN EN CAPITAL

Qu'advient-il si le conjoint B dispose du bien prêté ou transféré par le conjoint A? La disposition du bien par le conjoint B engendrera un gain ou une perte en capital si le prix de vente n'est pas égal à son prix de base rajusté (ci-après « PBR »).

Qui devra s'imposer sur le gain ou la perte en capital? Le conjoint A ou le conjoint B? En vertu du paragraphe 74.2(1) L.I.R., si cette disposition s'effectue pendant que l'auteur du prêt réside toujours au Canada, qu'il est toujours le conjoint du bénéficiaire et que ceux-ci ne vivent pas séparés pour cause d'échec du mariage, alors le gain ou la perte en capital sera imposable pour l'auteur du transfert, le conjoint A. Ainsi, puisque le gain ou la perte en capital est attribué au conjoint A, en vertu du paragraphe 74.2(2) L.I.R., c'est ce dernier qui est réputé avoir lui-même réalisé ce gain ou cette perte en capital. Le cas échéant, il pourra donc bénéficier de l'exemption pour gain en capital prévue à l'article 110.6 L.I.R.

Mentionnons que s'il advenait que deux personnes, époux ou conjoints, ne vivaient plus ensemble en raison de l'échec du mariage ou de l'union de fait, alors, en vertu du paragraphe 74.5(3) L.I.R., le paragraphe 74.1(1) et l'article 74.2 L.I.R. ne s'appliqueraient plus. Ainsi, il n'y aurait pas d'attribution du revenu d'intérêts ou du gain (perte) en capital généré par le bien prêté à l'auteur du prêt et le revenu serait imposable pour l'emprunteur. Dans une situation où la relation entre les ex-conjoints est harmonieuse, il

s'agit d'une éventualité pouvant parfois être avantageuse pour fractionner du revenu entre des ex-conjoints devant subvenir aux besoins de leurs enfants.

Lorsqu'une planification fiscale vise à fractionner un revenu en ayant recours à diverses situations de prêts, il est également important de porter une attention particulière aux règles suivantes, et ce, pour faire échec aux règles d'attribution prévues, plus particulièrement aux paragraphes 74.1(1) et 74.2(1) L.I.R. :

- Le paragraphe 74.1(3) L.I.R. peut s'appliquer lorsqu'un prêt portant intérêt au taux prescrit fait l'objet d'un refinancement. Il vise les situations où le bien prêté ou transféré est utilisé dans le but de rembourser un emprunt ayant servi à acquérir un autre bien ou encore s'il est utilisé afin de réduire un montant payable pour avoir acquis un autre bien (solde de prix de vente).
- Le paragraphe 74.5(6) L.I.R. cherche à appliquer les règles d'attribution lorsque l'on interpose la présence d'un tiers dans un transfert qui serait normalement visé par ces règles. Ainsi, si M. A octroie un prêt ou effectue un transfert au profit d'un individu X et que, par la suite, l'individu X octroie un prêt ou effectue un transfert au profit de Mme A (conjointe de M. A), alors le prêt ou le transfert est réputé fait par M. A au profit de Mme A.
- Le paragraphe 74.5(7) L.I.R. prévoit que si un particulier garantit un prêt ou une dette consentie à une « personne déterminée » (dont le conjoint) par une tierce partie, alors le prêt est réputé avoir été consenti à la personne déterminée par le particulier. De plus, les intérêts payés par le particulier sur le prêt sont réputés non payés afin de déterminer si le prêt est un prêt exclu de l'application des règles d'attribution.

Si les règles énoncées ci-dessus s'appliquent, alors le revenu provenant du prêt sera attribué au conjoint ayant facilité le prêt.

2.5. CONTRIBUTION AU REÉR DU CONJOINT

Il peut être intéressant pour un contribuable ayant un revenu élevé de contribuer au REÉR de son conjoint. En effet, l'individu qui contribue au REÉR de son conjoint pourra déduire sa contribution dans les limites établies par la législation¹⁰. Ce qui est remarquable d'un point de vue de

¹⁰ Par. 146(5.1) L.I.R.

fractionnement du revenu, c'est que le bénéficiaire du REÉR sera imposé sur le revenu futur généré sur les contributions faites par l'autre conjoint par l'application de l'alinéa 74.5(12)a) L.I.R. qui fait exception aux règles d'attribution prévues aux paragraphes 74.1(1) et 74.2(1) L.I.R.

Cependant, dans la mesure où des sommes sont retirées du REÉR du conjoint avant l'échéance du régime, un montant de revenu pourra être inclus dans le revenu de l'individu qui a contribué au régime de son conjoint en vertu du paragraphe 146(8.3) L.I.R. De façon générale, cette règle s'applique lorsque des fonds sont retirés du régime et la contribution au régime du conjoint a été faite l'année du retrait ou dans les deux années d'imposition précédentes. Pour résumer, les sommes doivent être maintenues dans le REÉR pendant au moins trois 31 décembre consécutifs avant le retrait des sommes pour éviter que la règle d'attribution ne s'applique.

3. IMPÔT DES ENFANTS MINEURS

L'impôt des enfants mineurs est une mesure qui a été introduite dans le cadre du budget fédéral du 16 février 1999¹¹. À l'époque, le ministre des Finances justifiait la nécessité de cette mesure fiscale particulière par le fait que la jurisprudence appuyait les techniques de fractionnement de revenu, et ce, au détriment de l'esprit de la politique. Ainsi, il est facile de comprendre que le but visé par le ministre des Finances, lors de l'introduction de cette nouvelle mesure, consistait à resserrer les mailles du filet en matière de fractionnement de revenu, de façon à décourager un contribuable de fractionner son revenu avec son enfant mineur.

Contrairement aux mécanismes des règles d'attribution, où un contribuable se voit attribuer le revenu provenant d'un bien qu'il a prêté ou transféré à son enfant mineur, cette nouvelle mesure constitue plutôt un impôt spécial, c'est-à-dire qu'un particulier déterminé (l'enfant mineur) devra ajouter 29 % du revenu fractionné réalisé au cours d'une année d'imposition à son impôt payable¹².

Essentiellement, cette nouvelle mesure ne trouve application que dans le cas où nous sommes en présence des deux concepts suivants : particulier déterminé et revenu fractionné. Selon le paragraphe 120.4(1) L.I.R., un

¹¹ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 1999*, 16 février 1999, pp. 210-211.

¹² Par. 120.4(2) L.I.R.

particulier déterminé désigne, pour une année d'imposition, un particulier qui répond aux trois conditions suivantes :

- il n'avait pas atteint l'âge de 17 ans avant l'année;
- il était résident du Canada tout au long de l'année;
- son père ou sa mère a résidé au Canada à un moment de l'année.

Pour ce qui est du revenu fractionné, le paragraphe 120.4(1) L.I.R. précise qu'il s'agit, pour une année d'imposition, du total des montants suivants :

- les dividendes imposables reçus (à l'exception de ceux provenant d'une société cotée à une Bourse de valeurs ou d'une société de placement à capital variable) directement par l'enfant mineur ou indirectement par le biais d'une fiducie ou d'une société de personnes;
- le montant des avantages conférés à un actionnaire selon l'article 15 L.I.R. (à l'exception de ceux provenant d'une société cotée à une Bourse de valeurs) reçus directement par l'enfant mineur ou indirectement par le biais d'une fiducie ou d'une société de personnes;
- le revenu provenant d'une société de personnes ou d'une fiducie dans le cas où l'une de ces entités l'a tiré de la fourniture de biens ou de services à l'entreprise exploitée par l'une des personnes suivantes : i) une personne qui est liée au particulier, ii) une société dont une personne qui est liée au particulier est un actionnaire déterminé ou iii) une société professionnelle dont une personne qui est liée au particulier est un actionnaire.

Lorsqu'on ajoute l'impôt des enfants mineurs aux règles d'attribution déjà existantes, on constate qu'il ne reste plus beaucoup de marge de manœuvre pour un contribuable qui désire fractionner son revenu avec un enfant âgé de moins de 18 ans. Quoi qu'il en soit, nous pouvons tout de même faire le constat suivant à la suite de l'introduction de l'article 120.4 L.I.R., à savoir que cette nouvelle mesure ne s'appliquera pas au :

- dividende provenant du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »);
- dividendes provenant d'une société publique visée par règlement ou d'une société de placement à capital variable;

- gain en capital;
- revenu d'emploi;
- revenu tiré d'un bien acquis par l'enfant mineur par suite du décès de son père ou de sa mère.

En considérant l'arsenal imposant dont disposent les autorités fiscales pour contrer le fractionnement du revenu avec un enfant mineur, le praticien se doit d'être très vigilant dans le cadre d'une planification fiscale afin de ne pas tomber dans l'un des nombreux pièges que lui réserve la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

L'affaire *Ferrel c. La Reine*¹³ représente bien le genre de planification que l'article 120.4 L.I.R. a pour but de contrer. Dans cette cause, un contribuable, Keith Ferrel, avait organisé ses affaires de façon que la fiducie familiale Ferrel, dont il était l'auteur et l'unique fiduciaire, puisse réaliser un revenu de gestion. Ce faisant, le revenu de gestion qui était gagné par la fiducie était par le suite attribué également entre les deux bénéficiaires, à savoir les enfants de M. Ferrel. Ce genre de structure permettait ni plus ni moins à M. Ferrel de fractionner son revenu avec ses enfants.

Dans cette affaire, on présume que la Couronne n'avait pas invoqué les règles d'attribution puisqu'il n'y avait pas eu un prêt ou un transfert de bien. En fait, la Couronne a plutôt utilisé les paragraphes 56(2) et 56(4) L.I.R. pour attaquer cette planification. Cependant, après une analyse de la jurisprudence sur les conditions d'application du paragraphe 56(2) L.I.R., la Cour en est arrivée à la conclusion que cette disposition ne pouvait s'appliquer à la planification fiscale. De plus, la Cour a indiqué que, puisque le contribuable ne pouvait recevoir, en droit, les revenus de gestion, le paragraphe 56(4) L.I.R. ne pouvait trouver application.

Depuis l'introduction de l'impôt des enfants mineurs, cette transaction serait clairement visée par le paragraphe 120.4(1) L.I.R. avec l'expression « revenu provenant de la fourniture de biens ou de services » que l'on retrouve dans la définition de revenu fractionné. Ainsi, le revenu de gestion qui était attribué aux enfants mineurs, par le biais de la fiducie, serait assujéti à l'impôt sur le revenu fractionné¹⁴. Cette planification demeure

¹³ 97 D.T.C. 1565 (C.C.I.) (ci-après « *Ferrel* »). Dans *La Reine c. Ferrel*, 99 D.T.C. 5111, la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision du juge de première instance.

¹⁴ Par. 120.4(2) L.I.R.

encore pertinente dans le cas où les enfants sont majeurs, puisqu'à la lumière de l'affaire *Ferrel*, les paragraphes 56(2) et 56(4) L.I.R. ne seraient pas applicables.

4. POSSIBILITÉS DE FRACTIONNEMENT AVEC LES ENFANTS

Précédemment, nous avons démontré qu'il était encore possible, à l'aide de certaines techniques de planification fiscale, d'effectuer du fractionnement de revenu entre un contribuable et son conjoint. Toutefois, qu'advient-il si un contribuable n'a pas de conjoint ou encore que son conjoint est imposé au même taux d'imposition marginal? Est-il possible d'envisager pour ce dernier la possibilité de fractionner son revenu avec ses enfants n'ayant pas ou très peu de revenus?

Le cas échéant, est-ce que ces planifications fiscales sont exemptes de l'application des règles d'attribution mentionnées précédemment? Ici encore, il existe certaines techniques permettant de fractionner certains types de revenus au profit des enfants. Toutefois, comme pour les techniques de fractionnement de revenus entre conjoints, il est très important de bien se renseigner préalablement sur les règles fiscales entourant le type de fractionnement souhaité, car depuis quelques années, les techniques de fractionnement du revenu avec les enfants ont été dans la mire des autorités fiscales. En effet, l'arrivée de l'impôt des enfants mineurs a sérieusement freiné le fractionnement avec les enfants mineurs.

4.1. DIVIDENDE

4.1.1. Technique n° 1 : paiement d'un dividende (autre qu'un dividende en capital)

L'introduction de l'impôt des enfants mineurs a restreint considérablement les possibilités de fractionner le revenu de dividendes. En fait, tout dividende imposable reçu par un enfant mineur, à l'exception d'un dividende provenant d'une société cotée à une Bourse de valeurs ou d'une action du capital-actions d'une société de placement à capital variable, sera assujéti à l'impôt des enfants mineurs. Ainsi, l'enfant devra s'imposer sur les dividendes reçus au plus haut taux d'impôt marginal. Qui plus est, l'impôt des enfants mineurs s'appliquera même dans la situation où un enfant mineur reçoit des dividendes provenant de sa propre entreprise.

Tel qu'il a été mentionné précédemment à la section 2.1., les décisions *Kieboom* et *Romkey* nous ont permis de conclure qu'il faut que les actions soient achetées pour une contrepartie correspondant à la JVM des actions et

que les fonds utilisés pour acheter les actions soient propres aux enfants. Cependant, malgré le fait que l'application des règles d'attribution puisse être évitée dans certaines situations où un enfant mineur reçoit des dividendes, l'impôt des enfants mineurs s'appliquera aux dividendes imposables qu'il reçoit¹⁵.

4.1.2. Technique n° 2 : paiement d'un dividende en capital

Qu'en est-il du paiement d'un dividende en capital? Est-ce qu'un tel dividende sera assujéti à l'impôt des enfants mineurs ou aux règles d'attribution?

Il est important de préciser qu'un dividende payé à même le CDC de la société ne semble pas être visé par les règles de l'impôt des enfants mineurs. En effet, un dividende en capital est de par sa nature un dividende non imposable¹⁶. Or, l'impôt des enfants mineurs ne s'applique pas aux dividendes non imposables.

Toutefois, peut-on en dire autant de l'application des règles d'attribution? Puisque le dividende en capital est non imposable, le revenu sera non imposable autant pour l'enfant que pour le parent. Ainsi, une façon simple de remettre une somme d'argent à l'enfant mineur consisterait à verser un dividende en capital aux parents afin que ces derniers puissent prêter ou transférer cette somme à l'enfant mineur. Le désavantage de cette méthode réside dans le fait que les parents devront s'imposer sur les revenus générés par l'enfant mineur avec cette somme prêtée ou transférée. L'utilisation de cette méthode accordera tout de même un mince prix de consolation aux parents en raison du fait que les revenus de réinvestissement ne seront pas assujettis aux règles d'attribution.

Comme autre méthode, il pourrait être préférable de prévoir une façon de remettre directement le dividende en capital entre les mains de l'enfant mineur. De fait, si un enfant mineur reçoit un dividende en capital sur des actions à dividende discrétionnaire de la société de ses parents, et ce, sur la base qu'il a acquis les actions pour une somme qui correspond à leur JVM et qu'il a payé les actions avec des fonds qui lui sont propres, alors les règles d'attribution ne devraient pas s'appliquer sur les dividendes qu'il reçoit. De plus, puisqu'il s'agit d'un dividende en capital, l'impôt des enfants mineurs

¹⁵ Le paragraphe 74.5(13) L.I.R. prévoit que certaines règles d'attribution ne trouveront pas application dans les cas où l'impôt des enfants mineurs sera applicable.

¹⁶ Par. 83(2) L.I.R.

ne devrait pas trouver application. Cette méthode aurait au moins le bénéfice de permettre à l'enfant mineur d'investir la somme qu'il reçoit et de s'imposer lui-même sur les revenus qu'il génère avec cette somme.

4.2. SALAIRE

Le salaire n'est pas visé par les règles d'attribution ni par l'impôt des enfants mineurs. Ainsi, le versement d'un salaire sera non seulement imposé à un taux inférieur pour un enfant, il pourra en plus être déduit dans le revenu de l'entreprise.

À prime abord, procéder à un fractionnement de revenu semble une excellente solution. Cependant, même si les règles d'attribution ou l'impôt des enfants mineurs ne visent pas le paiement d'un salaire à un enfant, il faut agir prudemment, car d'autres règles peuvent s'appliquer. Tout comme pour le conjoint, le salaire doit être raisonnable par rapport au service rendu par l'enfant sinon l'article 67 L.I.R. pourrait trouver application. Pour déterminer si le salaire est raisonnable, il faut déterminer si un employé placé dans la même situation et ayant les mêmes responsabilités recevrait une rémunération équivalente. Donc, dans la mesure où le salaire que reçoit l'enfant est raisonnable comparativement aux services qu'il rend, le salaire constituera une dépense déductible pour la société et sera imposable pour l'enfant au taux d'imposition qui lui sera applicable.

D'ailleurs, dans l'affaire *Mépalex c. La Reine*¹⁷ ainsi que dans l'arrêt *Maduke Foods Ltd. c. La Reine*¹⁸, le versement du salaire et d'un boni a été jugé déraisonnable.

Dans l'affaire *Mépalex*, des salaires et des bonis avaient été versés, par l'entreprise familiale, aux enfants des actionnaires dirigeants. Tout en reconnaissant que les bonis étaient déraisonnables, les appelants demandaient que ces bonis leur soient attribués. La Cour a refusé parce que ceci aurait été l'équivalent d'une planification rétroactive. L'application de l'article 67 L.I.R. a eu pour effet de refuser la déductibilité des bonis pour l'entreprise et donc de faire perdre l'avantage du taux d'imposition accordé aux petites entreprises puisque la déduction refusée a eu comme conséquence de faire augmenter le revenu imposable au-dessus du plafond des affaires qui, à l'époque, était de 200 000 \$.

¹⁷ 2004 D.T.C. 2232 (C.C.I.) (ci-après « *Mépalex* »).

¹⁸ [1989] 2 C.T.C. 284 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après « *Maduke Foods* »).

Dans l'affaire *Maduke Foods*, les enfants travaillaient approximativement 31 jours par année pour l'entreprise familiale. Ils touchaient pratiquement la rémunération annuelle qu'un employé recevait pour les mêmes tâches. Ces montants ont été jugés déraisonnables. Donc, la déduction a été refusée pour une partie du salaire versé aux enfants. La Cour a indiqué qu'il ne fallait pas seulement comparer le salaire des employés affectés à une tâche similaire mais également tenir compte du fait que les membres de la famille augmentent parfois la valeur ajoutée de l'entreprise, ce qui peut être reconnu dans le versement d'un salaire ou d'un boni.

En conclusion, malgré que le versement de salaire et(ou) de boni soit une technique de fractionnement reconnue, il ne faut pas oublier que les enfants doivent mériter le salaire en effectuant réellement un travail pour l'entreprise.

4.3. INTÉRÊT

Afin de pouvoir effectuer cette technique de fractionnement de revenu sans l'application des règles d'attribution, comme dans le cas du fractionnement de revenus entre conjoints, il faut tout d'abord que le contribuable dont on souhaite fractionner le revenu prête de l'argent à son enfant à un taux égal au taux prescrit¹⁹ afin d'éviter l'application du paragraphe 74.1(2) L.I.R.

Par la suite, l'enfant doit effectuer un placement, avec cet argent ainsi prêté, afin de générer un revenu d'intérêts. Puisque le prêt porte intérêt à un taux prescrit, l'enfant devrait être imposé sur les revenus d'intérêts. En est-il vraiment ainsi? Est-ce que l'impôt des enfants mineurs pourrait s'appliquer à une telle planification de fractionnement de revenu entre un contribuable et son enfant? En vertu de l'article 120.4 L.I.R., le revenu d'intérêts gagné par un enfant mineur sera assujéti à l'impôt des enfants mineurs seulement lorsque celui-ci est gagné par l'intermédiaire d'une société de personnes²⁰ ou d'une fiducie²¹. D'ailleurs, l'ARC a mentionné que le revenu d'intérêts gagné par l'intermédiaire d'une société de personnes ou d'une fiducie était bel et bien visé par l'article 120.4 L.I.R.²²

¹⁹ Par. 74.5(2) L.I.R.

²⁰ Al. 120.4(1)b) L.I.R.

²¹ Al. 120.4(1)c) L.I.R.

²² *Revenue Canada Views*, op. cit., note 9, interprétation technique 2003-0181705, 3 mars 2003.

Qu'advient-il si l'argent prêté par le contribuable à son enfant ne porte aucun intérêt ou que le taux d'intérêt est inférieur au taux d'intérêt prescrit? Dans ce contexte, les commentaires que nous avons faits dans la section 2.3.1. « Technique n° 1 : prêt sans intérêt ou à faible taux d'intérêt octroyé au conjoint » s'appliquent en l'espèce, à la différence que la disposition qui trouvera application sera le paragraphe 74.1(2) L.I.R. et non le paragraphe 74.1(1) L.I.R.

Nous tenons à préciser que le paragraphe 74.1(2) L.I.R. s'applique autant aux enfants du contribuable souhaitant fractionner son revenu qu'à ses neveux et nièces. Toutefois, l'application de cette règle pourra être évitée l'année où l'enfant atteint l'âge de 18 ans.

De plus, ici encore, à la suite d'un prêt effectué par un contribuable au profit de son enfant, le revenu dit de « réinvestissement » sera exempt en toutes circonstances de l'application des règles d'attribution.

Il existe donc une possibilité de fractionner la totalité des revenus d'intérêts générés par un bien prêté par le contribuable à son enfant : le prêt portant intérêt au taux prescrit, non gagné par l'intermédiaire d'une société de personnes ou d'une fiducie.

4.4. DISPOSITION DU BIEN PRÊTÉ OU TRANSFÉRÉ GÉNÉRANT UN GAIN EN CAPITAL

Qu'advient-il si le bénéficiaire du prêt (l'enfant) dispose du bien prêté ou transféré par son parent? La disposition du bien par l'enfant engendrera un gain ou une perte en capital si le prix de vente n'est pas égal à son PBR.

Qui devra s'imposer sur le gain ou la perte en capital? L'enfant ou son parent? Dans le cas d'un gain ou d'une perte en capital sur disposition d'un bien prêté ou transféré entre conjoints, il y a possibilité d'application du paragraphe 74.2(1) L.I.R., si certaines conditions sont remplies (voir la section 2.4.). Toutefois, ce paragraphe ne s'applique que lorsque le bénéficiaire du bien est le conjoint ou le conjoint de fait du contribuable qui est l'auteur du prêt ou du transfert. Il n'existe aucune règle d'attribution similaire au paragraphe 74.2(1) L.I.R. qui serait applicable aux enfants mineurs d'un contribuable.

Qu'en est-il de l'impôt des enfants mineurs? Ici encore, l'article 120.4 L.I.R. ne prévoit pas l'application de l'impôt des enfants mineurs sur un gain ou une perte en capital. Peut-on ainsi dire qu'il s'agit d'une technique de

fractionnement du revenu envisageable pour un contribuable? Possiblement. Toutefois, il faut faire attention à l'application de l'article 69 L.I.R.

En effet, lors du transfert initial du bien à l'enfant, il est important que ce transfert s'effectue à la JVM. En effet, en vertu de l'article 69 L.I.R., l'enfant possédant un lien de dépendance avec son parent, si la contrepartie reçue par le contribuable est inférieure à la JVM du bien, l'auteur du transfert sera imposé à la JVM du bien transféré tandis que le coût du bien pour l'enfant sera le prix convenu. Il y aura donc double imposition lors de la vente subséquente du bien par l'enfant.

Il est donc possible de faire du fractionnement avec le gain en capital. De plus, l'enfant pourra réclamer, s'il y a lieu, sa déduction pour gains en capital pour éviter l'imposition de ces gains.

5. GEL SUCCESSORAL

Le gel successoral est l'une des possibilités de fractionnement du revenu tolérée et acceptée par les autorités fiscales. Cependant, afin de bénéficier du report d'impôts que permet cette technique de fractionnement du revenu, il faut en connaître les paramètres afin de demeurer dans la zone de tolérance des autorités fiscales. Dans cette optique, nous effectuerons un bref survol des diverses techniques de gel successoral ainsi que des avantages et des désavantages reliés à chacune d'entre elles. Pour ce faire, ces techniques seront utilisées dans un contexte où l'on désire qu'une entreprise familiale soit transmise aux enfants de l'auteur du gel.

5.1. QU'EST-CE QU'UN GEL SUCCESSORAL?

Il s'agit d'une opération par laquelle l'auteur du gel échange des biens qui sont susceptibles de prendre de la valeur dans le futur en contrepartie de biens qui auront une valeur fixe, de façon que l'accroissement futur de la valeur des biens soit affecté à des personnes déterminées par l'auteur du gel.

5.2. TECHNIQUES DE GEL SUCCESSORAL

5.2.1. Donation du bien

Aux termes de cette technique, le donateur (l'auteur du gel) remet à titre gratuit les actions de sa société opérante aux bénéficiaires de son choix. Il faut comprendre que l'utilisation de cette technique entraîne un appauvrissement du patrimoine du donateur au profit de l'accroissement du patrimoine du donataire.

Les incidences fiscales découlant d'une donation sont déterminées en vertu de l'article 69 L.I.R. Le sous-alinéa 69(1)b(ii) L.I.R. nous indique que le donateur est réputé avoir reçu par suite de la donation une contrepartie égale à la JVM des actions données, et ce, malgré le fait que ce dernier ne reçoive aucune contrepartie. Pour ce qui est du donataire, l'alinéa 69(1)c) L.I.R. précise qu'il est réputé acquérir les actions à leur JVM. Ainsi, le donataire s'imposera éventuellement sur la plus-value accumulée des actions depuis le moment où la donation a été effectuée.

Dans le cas où la JVM des actions données excéderait leur PBR, la donation entraînera la réalisation d'un gain en capital pour le donateur. Dans l'éventualité où les actions se qualifient d'actions admissibles de petite entreprise (ci-après « AAPE »)²³, le donateur pourra bénéficier de sa déduction pour gains en capital afin de réduire l'imposition du gain en capital. Il est important de rappeler que, lorsque le contribuable utilise sa déduction pour gains en capital, il s'expose à l'impôt minimum de remplacement. Malgré le fait que cet impôt soit remboursable dans le futur, le donateur doit comprendre qu'il devra payer l'impôt alors qu'il n'aura aucune entrée de fonds.

Il est important de souligner que cette technique pourrait s'avérer très lourde de conséquences pour le donateur dans l'éventualité où les actions de ce dernier ne peuvent se qualifier d'AAPE ou que le donateur a déjà utilisé une partie ou la totalité de sa déduction pour gains en capital. Dans ces cas, le donateur devra s'imposer sur une partie ou la totalité du gain en capital résultant de la donation des actions.

5.2.2. Vente directe

Cette technique implique que l'auteur du gel procède directement à la vente des actions de sa société opérante en faveur de ses enfants. Puisque cette transaction s'effectue entre des personnes ayant un lien de dépendance, il est important que ces dernières transigent à la JVM afin d'éviter les conséquences fiscales découlant de l'application de l'article 69 L.I.R. De fait, dans l'éventualité où la vente des actions s'effectue pour un montant inférieur à la JVM, cela provoquera un problème de double imposition. Essentiellement, cela survient en raison de l'application du sous-alinéa 69(1)b(i) L.I.R. qui précise que lorsque le prix de vente est inférieur à la JVM, le vendeur est réputé avoir disposé des actions pour un montant correspondant à cette JVM. La double imposition découle du fait que le prix

²³ Voir la définition au paragraphe 110.6(1) L.I.R.

d'acquisition de l'acheteur n'est pas révisé à la hausse pour tenir compte de l'ajustement qui est effectué pour le vendeur. Ainsi, le montant de l'ajustement sera imposé deux fois, soit une fois par le vendeur au moment de la vente et l'autre fois par l'acheteur lorsqu'il disposera de ses actions. Pour éviter les conséquences fâcheuses découlant de l'application de l'article 69 L.I.R., il est recommandé d'avoir recours à une clause de rajustement de prix dans le contrat de vente.

Pour le vendeur, la vente des actions entraîne la réalisation d'un gain en capital. Advenant que les actions vendues se qualifient d'AAPE, le vendeur pourra bénéficier de sa déduction pour gains en capital. De plus, si le prix de vente est payable sur un certain nombre d'années, le vendeur pourra utiliser soit une réserve pour une période de cinq ans²⁴, soit une réserve pour une période de 10 ans dans le cas où les actions vendues seraient des actions du capital-actions d'une société exploitant une petite entreprise²⁵. Encore une fois, il ne faut pas oublier l'impôt minimum de remplacement auquel le vendeur pourrait être assujéti advenant le cas où il utilise sa déduction pour gains en capital.

Du côté de l'acheteur, l'impact n'est pas tant fiscal que financier. En effet, il peut s'avérer difficile pour les enfants de financer l'achat des actions comparativement aux autres techniques de gel qui nécessitent seulement, pour ces derniers, de souscrire un montant nominal pour l'achat de nouvelles actions.

5.2.3. Transfert à une société (gel classique)

Selon cette méthode, il s'agit pour l'auteur du gel de transférer les actions de sa compagnie opérante à une nouvelle société dont les détenteurs d'actions ordinaires sont ses enfants. En contrepartie de ce transfert, l'auteur du gel recevra des actions privilégiées (actions de gel) de la nouvelle société.

Puisque le transfert s'effectue selon les dispositions prévues au paragraphe 85(1) L.I.R., l'auteur du gel peut effectuer cette transaction sans aucune incidence fiscale. En fait, l'auteur du gel peut même choisir, avec la nouvelle société, une somme convenue qui lui permettrait de cristalliser une partie ou la totalité du gain en capital découlant du transfert des actions.

²⁴ S.-al. 40(1)a(iii) L.I.R.

²⁵ Al. 40(1.1)c) L.I.R.

Pour ce qui est des bénéficiaires du gel, ils ne seront imposés dans le futur que sur la plus-value accumulée par les actions. Par le fait même, ils pourront profiter de la déduction pour gains en capital si les actions se qualifient au titre d'AAPE.

Pour l'auteur du gel, le problème résultant de l'utilisation de cette technique réside dans le fait que le futur acheteur risque d'être plus intéressé à acquérir les actions de la société opérante plutôt que celles de la nouvelle société. Par conséquent, l'auteur du gel risque de perdre l'avantage de l'utilisation de sa déduction pour gains en capital. En fait, l'utilisation de la déduction pour gains en capital, lors de la cristallisation du gain en capital, permet seulement d'augmenter le PBR et non le capital versé (ci-après « CV ») de sorte que les actions de gel vont avoir un PBR élevé et un CV bas. Ainsi, si la nouvelle société utilise le produit de la vente des actions de la société opérante pour acheter ou racheter les actions privilégiées de gel, il en résultera pour l'auteur du gel un dividende réputé qui correspond à la différence entre la valeur de rachat et le CV des actions²⁶.

5.2.4. Transfert d'actifs à une société (gel renversé)

Le gel renversé est une opération qui consiste à transférer la totalité ou une partie des éléments d'actifs de la société opérante à une nouvelle société dont les actions ordinaires sont détenues par les enfants de l'auteur du gel. En contrepartie de ce transfert, la société opérante recevra des actions privilégiées de la nouvelle société. L'utilisation de cette méthode a l'avantage d'offrir, à l'auteur du gel, une certaine flexibilité sur le choix des éléments d'actifs qui peuvent être transférés. Par exemple, l'auteur du gel pourrait décider de seulement transférer une des divisions de sa société opérante à la nouvelle société.

Puisque cette méthode implique le transfert d'éléments d'actifs, plusieurs formalités devront être prises en considération. Par exemple, il faut notamment vérifier l'application possible des taxes à la consommation (TPS/TVQ) et des droits sur les mutations immobilières.

L'utilisation de cette technique ne permet pas de cristalliser la déduction pour gains en capital de l'auteur du gel puisque ce n'est pas ce dernier qui effectue la vente mais plutôt la société opérante. Pour ce qui est des bénéficiaires du gel, ceux-ci ne seront imposés qu'à la vente de leurs actions sur la plus-value accumulée depuis leur acquisition. Par le fait même, ils

²⁶ Par. 84(3) L.I.R.

pourront profiter de la déduction pour gains en capital si ces actions se qualifient d'AAPE.

5.3. TECHNIQUES DE GEL À L'INTERNE

L'utilisation de ces techniques a certes l'avantage de se réaliser sans nécessairement avoir recours à la création d'une société ou d'une fiducie. Pour l'auteur du gel, ces différentes techniques constituent des façons simples pour transmettre la plus-value future de son entreprise à ses enfants. Cependant, dans certaines situations, il pourrait être intéressant de jumeler ces techniques avec la création d'une fiducie ou d'une société.

5.3.1. Échange d'actions – Article 51 L.I.R.

L'utilisation de cette technique permet à l'auteur du gel d'échanger les actions ordinaires qu'il détient dans sa société contre des actions de gel. Puisque cette transaction s'effectue selon les dispositions de l'article 51 L.I.R., celle-ci n'entraîne aucune implication fiscale pour l'auteur du gel, car l'échange est réputé ne pas être une disposition²⁷. En fait, l'utilisation de cette disposition entraîne un roulement automatique et aucun formulaire prescrit n'a besoin d'être produit. Dans l'éventualité où l'action échangée ne possède pas un droit d'échange, l'ARC a déjà indiqué que l'article 51 L.I.R. pourrait quand même être utilisé :

« Aux fins du paragraphe 51(1), il n'est pas nécessaire que l'action achetée ou rachetée par la société possédait un droit d'échange en vertu du droit corporatif. Le mot échange n'étant pas défini dans la Loi, nous pouvons avoir recours à son usage courant afin de l'interpréter. Dans les circonstances où un contribuable disposant d'actions d'une société, suite à l'achat ou au rachat d'actions par la même société, ne reçoit, en considération, que des actions de cette société, nous sommes d'avis qu'un échange a eu lieu²⁸. »

Cette méthode est avantageuse car elle est simple et peu coûteuse. De plus, l'auteur du gel peut effectuer un gel partiel parce qu'il n'est pas obligé de faire la conversion de la totalité de ses actions. Le principal désavantage de cette technique réside sur le plan de la cristallisation du gain en capital. En fait, il n'est pas possible de procéder à une cristallisation, puisqu'il n'y a

²⁷ Voir l'alinéa 51(1)a) L.I.R. sauf pour l'application du paragraphe 20(21) L.I.R.

²⁸ *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 9, interprétation technique 9723175F, 2 février 1998.

pas de disposition d'actions. De plus, pour l'auteur du gel, il n'y a aucune possibilité de recevoir une considération autre qu'en actions²⁹.

Quant au bénéficiaire du gel, il souscrira pour un montant nominal à des actions ordinaires de la société opérante. Il ne sera imposé qu'à la vente de ses actions sur la plus-value accumulée depuis leur acquisition. Par le fait même, il pourra profiter de la déduction pour gains en capital si ces actions se qualifient comme AAPE.

5.3.2. Transfert d'actions (roulement interne) – Article 85 L.I.R.

Aux termes de cette technique, l'auteur du gel transfère en faveur de la société opérante les actions ordinaires qu'il détient dans celle-ci et reçoit en contrepartie des actions de gel de la société opérante. Afin que l'article 85 L.I.R. puisse trouver application, il faut que l'auteur du gel et la société opérante produisent un choix conjoint sur les formulaires prescrits T2057 « Choix relatif à la disposition de biens par un contribuable en faveur d'une société canadienne imposable » (au fédéral) et TP-518 « Aliénation de biens par un contribuable en faveur d'une société canadienne imposable » (pour le Québec).

Cette technique a l'avantage de permettre à l'auteur du gel et à la société opérante de choisir une somme convenue qui sera pour l'auteur du gel son produit de disposition et pour la société opérante son coût d'acquisition³⁰. L'auteur du gel pourra ainsi procéder à une cristallisation partielle ou totale du gain en capital en choisissant une somme convenue supérieure au PBR des actions.

Les bénéficiaires du gel, quant à eux, souscriront à des actions participantes de la société opérante pour un montant nominal. Ils ne seront imposés qu'à la vente de leurs actions sur la plus-value accumulée depuis leur acquisition. Par le fait même, ils pourront profiter de la déduction pour gains en capital si les actions se qualifient comme AAPE.

²⁹ Par. 51(1) L.I.R.

³⁰ Al. 85(1)a) L.I.R.

5.3.3. Remaniement de capital – Article 86 L.I.R.

Cette opération consiste en l'échange de la totalité des actions d'une catégorie (les actions ordinaires) détenues par l'auteur du gel contre des actions privilégiées de la société opérante. L'article 86 L.I.R. est d'application automatique, c'est-à-dire qu'aucun choix ne doit être effectué afin qu'il puisse trouver application. L'utilisation de cette technique rend impossible la cristallisation du gain en capital, puisqu'il s'agit d'une disposition de roulement parfait. À la suite de la transaction, le gel ne peut qu'être total. Nous ne pouvons pas procéder à un gel partiel, puisque l'auteur du gel doit échanger la totalité des actions qu'il détient dans la catégorie en question. L'avantage que procure cette disposition comparativement à l'article 51 L.I.R., c'est qu'elle permet de recevoir une contrepartie autre qu'en actions.

5.4. UTILISATION DE LA FIDUCIE DANS LE CADRE D'UN GEL SUCCESSORAL

Dans les techniques de gel successoral que nous avons mentionnées précédemment, ce sont les enfants ou le conjoint qui deviennent propriétaires des actions participantes. Pour mille et une raisons, dans certains cas, cette situation peut ne pas correspondre au scénario idéal pour l'auteur du gel. En fait, l'utilisation d'une fiducie peut devenir un véhicule intéressant pour l'auteur du gel s'il désire atteindre l'un ou les objectifs suivants :

- permettre à l'auteur du gel de se positionner afin d'effectuer un dégel éventuel en prévoyant comme bénéficiaire lui-même ou une société qu'il contrôle;
- permettre de protéger la plus-value future de la société opérante contre les créanciers;
- permettre à l'auteur du gel de conserver le contrôle sur la société opérante;
- permettre à l'auteur du gel d'avoir plus de latitude dans la répartition des revenus et du capital entre les bénéficiaires;
- permettre à l'auteur du gel de bénéficier d'une plus grande souplesse pour fractionner son revenu avec ses enfants au fur et à mesure que ceux-ci atteignent leur majorité;

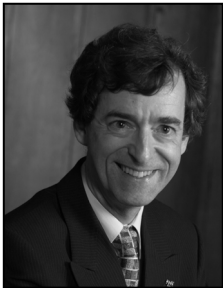
- permettre aux membres de la famille de pouvoir bénéficier de la déduction pour gains en capital.

CONCLUSION

Malgré la multitude de mesures fiscales ayant pour but d'encadrer le fractionnement de revenu avec les membres d'une famille, il demeure néanmoins possible pour l'actionnaire dirigeant d'avoir encore recours à certaines planifications fiscales pour réduire son fardeau fiscal. Chose certaine, depuis l'introduction de l'impôt des enfants mineurs, le fractionnement de revenu avec les enfants mineurs s'avère de plus en plus difficile à effectuer. Cependant, en considérant le contexte économique actuel, il peut être avantageux de tirer profit d'un taux d'intérêt prescrit qui demeure relativement bas afin de mettre en place des techniques simples de fractionnement.

Enfin, il est important de rappeler que l'utilisation d'une fiducie dans le cadre d'un gel successoral pourra procurer, dans bien des cas, une plus grande flexibilité à l'auteur du gel. Ainsi, il s'agit simplement d'une opportunité, parmi tant d'autres, qu'il s'agit de porter à l'attention de l'auteur du gel!

LES DONS PLANIFIÉS



Luc Martel
Avocat, M. Fisc.
Martel, Cantin

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 3:3

1. QU’EST-CE QU’UN DON? 3:4

2. MONTANT ADMISSIBLE D’UN DON 3:8

2.1. MONTANT ADMISSIBLE..... 3:10

2.2. MONTANT DE L’AVANTAGE..... 3:12

2.3. INTENTION DE FAIRE UN DON 3:15

2.4. COÛT D’UN BIEN ACQUIS PAR LE DONATEUR..... 3:16

2.5. EXEMPLES 3:16

3. QUELQUES DONS ADMISSIBLES 3:18

3.1. DÎNER, BAL, CONCERT OU SPECTACLE..... 3:19

3.2. POLICE D’ASSURANCE VIE 3:21

3.3. INTÉRÊT RÉSIDUEL 3:23

3.4. RENTES ACHETÉES D’ORGANISMES DE BIENFAISANCE 3:24

3.5. REÉR ET FERR..... 3:27

4.	LES DONS ET L'IMPÔT	3:29
4.1.	LIMITE PERMISE.....	3:29
4.2.	CRÉDIT D'IMPÔT POUR DONS	3:33
4.3.	ACTIONS DE COMPAGNIE	3:34
4.4.	DON D' ACTIONS COTÉES EN BOURSE	3:35
4.5.	TITRES NON ADMISSIBLES	3:41
4.6.	AUTO-PRÊTS	3:46
CONCLUSION		3:47
ANNEXE.....		3:49

INTRODUCTION

Dans toute société, il y a toujours des services à rendre ou des causes à défendre à des fins humanitaires ou de bienfaisance. Les gouvernements ne peuvent combler tous les besoins. L'état de l'économie des dernières années a amené le gouvernement à resserrer, sinon fermer la valve de son aide financière aux organismes humanitaires et de bienfaisance. Par contre, même s'il ne peut plus se permettre d'intervenir directement dans la multitude des causes humanitaires ou de bienfaisance, le gouvernement peut, par ses politiques fiscales et sociales, créer un climat favorable pour ceux qui sont prêts à mettre l'épaule à la roue, soit en contribuant par des sommes d'argent ou des biens, soit en donnant de leur temps.

D'ailleurs, au cours des 10 dernières années, le législateur a été particulièrement actif dans le domaine de la bienfaisance et s'était efforcé de rendre plus attrayants les dons aux organismes de bienfaisance par toutes sortes de moyens. Vous trouverez en annexe du présent texte les mesures prises par le ministre des Finances de 1994 à 2004 pour améliorer le sort des organismes de bienfaisance et autres organismes publics.

Pour les gens plus fortunés de notre société, il devient de plus en plus intéressant de se montrer généreux envers des organismes poursuivant des fins humanitaires, de bienfaisance, culturelles ou encore environnementales. Nous voyons l'éclosion d'une nouvelle gamme de services offerts aux personnes plus aisées financièrement et désireuses d'obtenir le meilleur effet possible, tant sur le plan de la satisfaction personnelle que du point de vue fiscal, pour leurs actions philanthropiques. Les organismes désireux d'obtenir l'aide monétaire de notre élite financière font la promotion de « dons différés » ou « dons planifiés ».

L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») expliquait justement dans son *Bulletin pour les organismes de bienfaisance enregistrés*¹ en quoi consistait faire des dons différés :

« Faire des dons différés - c'est quoi?

Faire des dons différés est un processus consistant à s'engager maintenant à l'égard d'un don qui sera fait plus tard. Il s'agit généralement de dons d'envergure qui servent à la fois les intérêts de l'organisme de bienfaisance et

¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin pour les organismes de bienfaisance enregistrés*, n° 11, automne 2001.

les intérêts personnels, financiers et fiscaux du donateur et de sa famille. Aussi appelés « dons planifiés », ces dons comprennent des legs, des dons de polices d'assurance-vie, des fiducies résiduelles de bienfaisance et des dons d'un intérêt résiduel.

Les organismes de bienfaisance qui offrent des Programmes de dons différés ont généralement un personnel et des politiques en place pour encourager de tels dons. L'organisme cherche ainsi à susciter des dons importants en repérant les donateurs potentiels et en leur donnant des renseignements et des conseils.

Les dons différés peuvent soulever un certain nombre de questions quant à leur évaluation, dans la mesure où il ne s'agit ordinairement pas de dons immédiats d'argent comptant. L'organisme de bienfaisance devrait recevoir en fin de compte une valeur qui correspond au moins à l'aide fiscale accordée par le gouvernement du Canada au moment de l'émission du reçu d'impôt. »

Les actionnaires dirigeants d'entreprises profitables, particulièrement ceux réalisant un coup d'argent en vendant toute ou une partie de leur entreprise, sont parfois désireux de partager leur bonne fortune avec des organismes humanitaires ou de bienfaisance qui leur tiennent à cœur, en faisant des donations à ces derniers. Il ne faut pas s'en cacher, ces donations, en plus des objectifs purement altruistes les ayant incités, sont souvent faites avec l'intention plus terre à terre d'obtenir un crédit d'impôt permettant de réduire la charge fiscale du donateur.

Les donations ainsi faites à des organismes de bienfaisance peuvent prendre la forme d'un simple don d'une somme d'argent, mais dans le cas d'actionnaires dirigeants de compagnies, elles peuvent aussi provenir du transfert à titre gratuit de toutes sortes d'autres biens (actions cotées en Bourse, actions de compagnies privées, régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »), fonds enregistré de revenu de retraite (ci-après « FERR »), rentes, assurances vie, etc.). Nous verrons plus loin le genre de biens qui peuvent faire l'objet d'un don et les avantages fiscaux que le donateur peut en retirer.

1. QU'EST-CE QU'UN DON?

Pour que l'actionnaire dirigeant qui souhaite faire un transfert à titre gratuit à un organisme de bienfaisance puisse en retirer un avantage fiscal quelconque, il faut que ce transfert constitue un « don » et que ce don soit fait à un organisme de bienfaisance « enregistré »; si l'organisme est enregistré, il pourra émettre à l'actionnaire dirigeant un reçu officiel donnant droit pour ce dernier à un crédit d'impôt dans sa déclaration de revenus.

La *Loi de l'impôt sur le revenu*² du Canada et la *Loi sur les impôts*³ du Québec permettent à un contribuable de créditer de son impôt (si ce contribuable est un particulier) ou de déduire de ses revenus (s'il s'agit plutôt d'une personne morale) ses dons de bienfaisance, selon certaines limites. Dans le présent texte, étant donné qu'il est question de dons qui peuvent être faits par des actionnaires dirigeants, il ne sera pas traité de la « déduction des revenus » accordée aux personnes morales donatrices.

Que faut-il entendre par « don de bienfaisance » aux fins de ces lois? Il s'agit d'un terme qui n'est pas défini dans celles-ci. La définition classique retenue par les tribunaux est la suivante⁴ :

« But it is, I think, clear that to constitute a "gift", it must appear that the property transferred was transferred voluntarily and not as the result of a contractual obligation to transfer it and that no advantage of a material character was received by the transferor by way of return. »

C'est sans doute avec cette définition en tête que l'ARC⁵ a établi comme règle générale, aux fins de la loi, qu'il y a don chaque fois que sont réunies les trois conditions suivantes :

- a) certains biens, généralement des espèces, sont transférés par un donateur à un organisme de bienfaisance enregistré;
- b) le transfert est volontaire (le payeur n'a aucune obligation juridique de le faire);
- c) le transfert s'effectue sans perspective de rendement. Le donateur ou toute personne désignée par lui ne doit s'attendre à avoir aucun avantage de quelque nature que ce soit, sauf si l'avantage est de valeur nominale.

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

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

⁴ *Commissioner of Taxation of the Commonwealth v. McPhail*, (1967-68) 41 A.L.J.R. 346, 348. Même si cette cause a été entendue par un tribunal australien, cette définition a été retenue par les tribunaux canadiens et encore récemment par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *La Reine c. McBurney*, [1985] 2 C.T.C. 214, 85 D.T.C. 5433. Une autre cause australienne a par la suite apporté certaines nuances à cette définition mais sans en changer la substance (voir *Leary v. Federal Commissioner of Taxation*, (1980) 32 A.L.R. 221, 243).

⁵ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-110R3, « Dons et reçus officiels de dons », 20 juin 1997.

Aux fins de cette troisième condition, l'ARC considère que l'article, le privilège ou tout autre avantage reçu par le donateur en retour d'un don sera d'une valeur nominale si sa juste valeur marchande (ci-après « JVM ») ne dépasse pas le moins élevé de 75 \$ et de 10 % du montant du don⁶.

C'est la règle du « seuil minimum », dont voici un exemple :

« Vous donnez 100 \$ à un organisme de bienfaisance enregistré. Celui-ci vous donne un calendrier d'une valeur de 8 \$ en guise de remerciement. Puisqu'il s'agit d'un avantage d'une valeur nominale, l'organisme peut vous remettre un reçu officiel aux fins de l'impôt pour votre don⁷. »

En effet, dans cet exemple, la somme de 8 \$ étant en deçà du seuil minimum, puisqu'elle ne dépasse pas le moins élevé de 75 \$ et de 10 % (soit 10 % du montant du don de 100 \$), l'organisme peut émettre un reçu officiel pour le plein montant du don de 100 \$.

Par contre, un avantage est considéré ne pas avoir de valeur nominale lorsque sa JVM ne peut être établie pour les raisons suivantes :

- l'avantage n'est pas facilement disponible dans le commerce comme le droit de rencontrer personnellement une personnalité connue;
- la mesure dans laquelle l'avantage sera utilisé est inconnue au moment où il est donné comme le droit à un rabais sur le prix d'achat de biens ou de services précis⁸. Le donateur utilisera-t-il son rabais et, si oui, combien de fois?

Dans ces deux situations, comme il n'existe aucun moyen d'établir la JVM de l'avantage au moment du don, l'organisme donataire ne peut remettre un reçu aux fins de l'impôt.

⁶ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 26, 24 décembre 2002, par. d). Avant cette date, le seuil minimum ne devait pas dépasser le moindre de 50 \$ et de 10 % du montant du don.

⁷ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Brochure RC 4142*, « Avantages fiscaux liés aux dons à des organismes de bienfaisance ». D'autres exemples de ce que constitue un « avantage de valeur nominale » se retrouvent aux pages 6 et 7 de cette brochure.

⁸ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 5, par. 11 et 12.

L'ARC ne reconnaît pas un don de services (du temps, des compétences, des efforts, etc.). Un don doit mettre en cause des biens. Rien n'empêche cependant l'organisme de bienfaisance qui bénéficie de tels services de les payer et d'accepter ultérieurement la restitution « volontaire » du paiement à titre de don. Évidemment, le donateur devra rendre compte du revenu imposable ainsi réalisé comme rémunération (auquel cas l'organisme pourrait être tenu d'émettre un feuillet de renseignements) ou comme revenu d'entreprise, selon le cas⁹.

Le don, par contre, peut être en nature¹⁰. La JVM d'un don en nature doit être déterminée avant qu'un montant puisse être inscrit sur un reçu officiel aux fins de l'impôt¹¹.

L'évaluateur doit être un expert indépendant. Toutefois, si la valeur du don est de 1 000 \$ ou moins, l'ARC tiendra compte de l'estimation faite par un employé de l'établissement bénéficiaire, pourvu que ce dernier soit un expert en la matière et qu'il possède la compétence requise pour évaluer le bien à sa JVM. De plus, exceptionnellement, un tel employé qualifié pourra également procéder à l'évaluation d'un don dont la valeur dépasse 1 000 \$, lorsqu'il serait très difficile de trouver un expert indépendant ou qu'une évaluation entraînerait une dépense excessive¹².

Un bien de peu de valeur ou de valeur nominale pour le donateur, comme un vêtement usagé de peu de valeur, n'est pas reconnu comme un don en nature à ces fins.

Pour qu'un don soit admissible, il ne faut pas non plus que le coût des biens donnés puisse être imputé comme une dépense d'entreprise. Ce qui serait le cas, par exemple, si un contribuable transférait des marchandises ou des fournitures à une œuvre de bienfaisance en échange d'un droit, d'un privilège, d'un profit ou d'un avantage matériel, tel que la promotion ou la

⁹ *Id.*, s.-par. 15 d).

¹⁰ Voir sur le sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-297R2, « Dons en nature à une œuvre de charité et autres », 21 mars 1990. Voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Brochure* P113(F), « Les dons et l'impôt », Rév. 97, pp. 11 à 14.

¹¹ Voir, par exemple, les arrêts *Lionel Conn c. MRN*, 86 D.T.C. 1669 et *Air Jack Conn c. MRN*, 86 D.T.C. 1682 pour des questions d'évaluation de biens donnés à une université. Il s'agissait, en l'occurrence, de collections de pièces de monnaie et de billets de banque.

¹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Brochure* P113(F), *op. cit.*, note 10, p. 13.

publicité de son entreprise. Avant 1998, il était même normalement plus avantageux pour un contribuable en affaires de traiter les contributions qu'il faisait à des organismes de bienfaisance comme des dépenses d'entreprise plutôt que comme des dons de bienfaisance car alors, contrairement à un don, l'avantage fiscal disponible n'était pas limité à un pourcentage (20 % ou 50 %) de son revenu net pour l'année¹³. Pour les années d'imposition 1997 et suivantes, le plafond du revenu net applicable aux dons étant augmenté à 75 % de ce revenu, il deviendra plus rare que le contribuable ne puisse plus déduire la totalité de la valeur de son don dans une même année d'imposition.

Cependant, même si la déductibilité du don dans une seule année ne présente aucun problème pour le contribuable, il demeure qu'il peut être plus avantageux pour l'organisme de bienfaisance que le contribuable, chaque fois que cela lui est possible, traite sa contribution comme une dépense d'entreprise, aussi entièrement déductible dans l'année où elle est effectuée, plutôt que comme un don, de manière à permettre à l'organisme de bienfaisance de ne pas avoir à émettre un reçu de don et de pouvoir profiter de la valeur de ce don sans être astreint à l'obligation d'en dépenser 80 % et plus dès l'année subséquente en conformité avec les règles du « contingent des versements ».

Certaines considérations d'ordre fiscal relatives aux dons en nature et aux dons d'immobilisations seront discutées plus loin.

2. MONTANT ADMISSIBLE D'UN DON

Comme il a été indiqué précédemment, pour qu'il y ait don, le donateur ne doit pas recevoir d'avantage en retour de sa donation, sauf si l'avantage est de valeur nominale.

Or, il peut arriver qu'un contribuable veuille transférer un bien à un organisme de bienfaisance à des conditions avantageuses, mais sans que ce soit nécessairement pour aucune considération.

¹³ Voir les arrêts suivants où le contribuable a réussi à traiter ses dons de bienfaisance comme des dépenses d'entreprise entièrement déductibles dans l'année : *Olympia Floor and Wall Tile (Québec) Ltd. c. MRN*, 70 D.T.C. 6085, [1970] C.T.C. 99; *Impenco Ltd. c. MRN*, 88 D.T.C. 1242, [1988] 1 C.T.C. 2239.

À ce sujet, dans ses *Notes explicatives* accompagnant les modifications proposées à la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour les dons effectués après le 20 décembre 2002, le ministre des Finances du Canada indiquait ce qui suit :

« En *common law*, la notion de don s'entend, de façon générale, du fait de transférer un bien volontairement, sans obligation contractuelle et sans que le cédant ne reçoive en retour un quelconque avantage matériel.

Par contraste, l'article 1806 du *Code civil du Québec* prévoit qu'une donation est un contrat par lequel la propriété d'un bien est transférée à titre gratuit. Toutefois, le droit de propriété peut être démembre, de sorte qu'il est possible pour un cédant de transférer une partie du droit sans recevoir d'avantage matériel en retour (sous forme de don) et de transférer l'autre partie du droit moyennant contrepartie. Il est donc possible au Québec de vendre un bien à un organisme de bienfaisance à un prix inférieur à sa juste valeur marchande, ce qui donne lieu à un don d'une valeur équivalente à la différence¹⁴. »

Par exemple :

« M. Généreux vend un terrain d'une valeur de 100 000 \$ à un donataire reconnu pour un prix de 75 000 \$. M. Généreux sera considéré avoir fait un don d'une valeur de 25 000 \$ à ce donataire¹⁵. »

Toujours dans ses *Notes explicatives*, le ministre des Finances du Canada continue ainsi :

« Il est généralement accepté, tant en *common law* qu'en droit civil, qu'un transfert de bien n'est un don que s'il se traduit par l'appauvrissement du donateur en faveur du donataire et que si l'intention du donateur est d'enrichir le donataire sans recevoir de contrepartie.

En *common law*, le droit de propriété d'un bien qui fait l'objet d'un don ne peut être démembre en règle générale. Par conséquent, un contrat prévoyant la disposition d'un bien en faveur d'un organisme de bienfaisance à un prix inférieur à la juste valeur marchande du bien ne pourrait, en règle générale, être considéré comme comprenant un don¹⁶. »

Pour remédier à cette situation et enlever tout doute quant à l'existence d'un don, même dans une situation où le donateur en retire un certain

¹⁴ CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives aux modifications proposées à la Loi de l'impôt sur le revenu pour les dons effectués après le 20 décembre 2002*, 27 février 2004.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

avantage, de nouvelles dispositions sont proposées en vue de préciser les circonstances dans lesquelles les contribuables et les donataires peuvent avoir droit aux avantages fiscaux prévus par la loi au titre de l'appauvrissement d'un contribuable en faveur d'un donataire¹⁷.

2.1. MONTANT ADMISSIBLE

Le législateur propose donc une nouvelle notion applicable aux dons faits après le 20 décembre 2002 : le « montant admissible » d'un don¹⁸.

Qu'est-ce que le « montant admissible » d'un don? C'est le montant du don correspondant à l'excédent de la **JVM** du bien donné sur le montant de l'avantage, s'il en est un, au titre du don¹⁹.

Pour les dons faits après le 20 décembre 2002, il y aura lieu pour les organismes de bienfaisance enregistrés de prévoir sur les reçus officiels qu'ils délivrent d'indiquer, outre les renseignements déjà prévus par règlement, le « montant admissible » du don²⁰.

Pour les dons effectués après le 5 décembre 2003, il peut arriver que la détermination du « montant admissible » d'un don s'effectue non pas à partir de la JVM du bien donné, mais plutôt à partir du **coût** de ce bien pour le donateur.

En effet, si l'un des faits ci-après se vérifie, la JVM du bien dont un contribuable fait don à un donataire reconnu est réputée correspondre **au moins élevé** :

- de la JVM du bien donné, ou
- du coût du bien pour le contribuable immédiatement avant que le don soit fait.

¹⁷ Par. 248(30), (31) et (32) L.I.R.

¹⁸ Cette notion de « montant admissible » est également applicable à une « contribution monétaire » visée par la *Loi électorale du Canada*, 2000, c. 9, faite par le contribuable au cours d'une année à un parti enregistré, à la division provinciale d'un parti enregistré, à une association enregistrée ou à un candidat, au sens donné à ces termes par cette loi.

¹⁹ Par. 248(30) L.I.R.

²⁰ Les paragraphes 3501(1), (1.1) et (6) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. ») devront être modifiés en conséquence.

Les situations où cette règle de la « juste valeur marchande réputée » s'applique sont les suivantes²¹ :

- a) le contribuable a acquis le bien donné moins de trois ans avant la date du don;
- b) il est raisonnable de conclure que le contribuable, au moment où il a acquis le bien, s'attendait à en faire don; ou
- c) le contribuable a acquis le bien dans le cadre d'un arrangement de don²².

Dans les situations visées aux paragraphes a) et b), la règle ne s'appliquera pas si le don fait suite au décès du contribuable.

Le but de cette règle de la JVM réputée est de mettre un terme à certains stratagèmes en vertu desquels divers promoteurs offraient au public la possibilité d'acquérir un bien, d'en faire don à un organisme de bienfaisance et d'obtenir un reçu de don pour une valeur supérieure au coût d'acquisition du bien. De tels arrangements conféraient aux contribuables un avantage fiscal supérieur au coût réel du bien qui faisait l'objet du don.

Dorénavant, la valeur du bien donné (et du montant du reçu officiel de don) sera limitée au coût de ce bien pour le donateur si ce coût est inférieur à la JVM du bien.

Cependant, cette JVM réputée ne s'applique pas aux dons²³ :

- d'inventaire;
- de biens immeubles situés au Canada;
- de titres cotés en Bourse;
- de biens culturels dont la valeur est attestée par la Commission canadienne d'examen des exportations de biens culturels; et

²¹ Par. 248(35) L.I.R.

²² L'« arrangement du don » est défini à l'article 237.1 L.I.R.

²³ Par. 248(36) L.I.R.

- aux fins particulières du Québec, de toute œuvre d'art à une institution muséale québécoise, de même que les dons de la nue-propriété d'un bien culturel ou d'une œuvre d'art²⁴.

Afin de se soustraire à cette nouvelle règle de la « juste valeur marchande réputée », un donateur pourrait tenter de disposer d'un bien, et de l'acquérir de nouveau, avant d'en faire don à un donataire reconnu, en vue d'augmenter la somme qui serait réputée être la JVM du bien.

S'il est raisonnable de conclure que telle était l'intention du donateur, le coût du bien pour ce dernier sera alors réputé correspondre au coût le plus faible qu'il aura engagé à un moment quelconque pour faire l'acquisition du bien ou d'un bien identique²⁵.

2.2. MONTANT DE L'AVANTAGE

Donc, le montant admissible du don est l'excédent de la JVM du bien donné (soumis à la règle de la « juste valeur marchande réputée » vue ci-dessus) sur le montant de tout avantage au titre du don.

Qu'est-ce que le « montant de l'avantage » au titre du don? Ce montant correspond au total des montants représentant chacun la valeur, au moment du don, d'un bien, d'un service, d'une compensation ou de tout autre bénéfice reçu ou à recevoir :

- a) en contrepartie du don;
- b) en reconnaissance du don;
- c) se rapportant de toute autre façon au don²⁶.

Sont notamment visés les cas où l'organisme de bienfaisance investit des fonds ou acquiert un bien d'une façon qui favorise le donateur. Dans ses

²⁴ QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2003-7, « Modifications d'ordre technique visant à accroître l'intégrité et la cohérence du régime fiscal », 12 décembre 2003.

²⁵ Par. 248(37) L.I.R.

²⁶ Al. 248(31)a) L.I.R. : applicable aux dons faits après le 20 décembre 2002, compte non tenu de l'alinéa c) pour ce qui est des dons faits avant le 5 décembre 2003.

notes techniques, le ministre des Finances du Canada donne les exemples suivants :

- l'option d'un donateur de régler ou d'acquitter un emprunt en cédant ou transférant à un tiers un bien dont la valeur économique est inférieure au montant impayé de l'emprunt;
- la prise en charge par un organisme de bienfaisance du risque auquel le donateur est exposé, dans le cas où l'acquisition directe ou indirecte par l'organisme d'un droit dans un bien du donateur pourrait avoir pour effet de réduire la perte que le donateur pourrait éventuellement subir sur le placement.

Il importe peu que l'avantage profite au contribuable donateur lui-même ou à une personne (ou société de personnes) liée à ce contribuable.

L'avantage pourrait même être pour le bénéfice d'une personne (ou société de personnes) sans lien de dépendance avec le donateur, si cette personne (ou société de personnes) est détentrice, de manière directe ou indirecte, d'une participation dans le donateur.

L'ARC rappelle que si la valeur de l'avantage ne peut pas être raisonnablement vérifiée, aucune déduction fiscale ni aucun crédit d'impôt ne seront accordés. À cet égard, il incombera au donataire d'identifier l'avantage et d'en indiquer le montant dans tout reçu remis au donateur.

L'avantage n'a pas à être immédiat. Il peut avoir été reçu avant le don ou peut être à recevoir à un moment ultérieur. Il peut être absolu ou conditionnel. Il n'est même pas nécessaire que l'avantage soit conféré par le donataire lui-même.

Il est à noter que le crédit d'impôt ou la déduction résultant d'un don de bienfaisance n'est pas considéré comme un avantage aux fins du calcul du « montant de l'avantage ». Heureusement!

Généralement, l'avantage reçu par un donateur sera pris en considération dans le calcul d'un don unique. Mais qu'advient-il d'un avantage consenti lors de dons multiples? L'ARC donne les exemples suivants relativement aux dons multiples²⁷.

²⁷ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin pour les organismes de bienfaisance enregistrés*, n° 17, 27 janvier 2004, questions 12, 13 et 14.

« Dons multiples n° 1**Q12. Quel est l'incidence d'un avantage sur le calcul du "montant admissible" pour les dons multiples?**

Par exemple :

Au cours d'une année civile, un donateur fait trois dons de 100 \$ chacun à un organisme de bienfaisance enregistré. Pour le deuxième don, le donateur reçoit un article évalué à 90 \$. Dans ce cas, le montant admissible des dons du donateur serait de 200 \$ - soit le montant cumulé du premier et du troisième don. Le montant admissible pour le deuxième don est égal à zéro parce que le montant de l'avantage dépasse 80 % de la juste valeur marchande (JVM) du bien transféré à l'organisme de bienfaisance.

L'organisme de bienfaisance peut délivrer un reçu unique indiquant la JVM du bien qui lui a été transféré (300 \$) et le montant admissible (200 \$).

Cependant, pour ne pas dérouter outre mesure le donateur, l'organisme de bienfaisance pourrait délivrer deux reçus (un pour le premier don et un autre pour le troisième).

Ou bien, l'organisme de bienfaisance pourrait délivrer un seul reçu pour les deux dons en échange desquels aucun avantage n'a été reçu (montant admissible de 200 \$).

Quelle que soit l'option qu'il retient, l'organisme de bienfaisance devrait, au préalable, expliquer au donateur la raison pour laquelle le montant admissible est nul relativement au deuxième don.

Dons multiples n° 2**Q13. Comment procéder si l'avantage fourni par l'organisme de bienfaisance ne se rapporte pas à un don particulier mais plutôt à tous les dons faits au cours de l'année?**

R. Dans ces circonstances, si l'on utilise l'exemple mentionné en Q12., l'organisme de bienfaisance peut indiquer dans son prospectus que les donateurs qui, au cours de l'année, font des dons dont le total dépasse 100 \$ recevront un article d'une JVM de 90 \$. Dans ce cas, le montant admissible sera de 210 \$ (300 \$ moins 90 \$).

Lorsqu'on traite de dons multiples, la question de savoir si un avantage reçu concerne un seul don ou une suite de dons en est une de fait. Par exemple, si la JVM de l'avantage dépasse celle du bien transféré à l'organisme de bienfaisance sous forme d'un don unique, il serait raisonnable de conclure que l'avantage est en échange de tous les dons faits au cours de l'année. Dans l'exemple mentionné en Q12., si la JVM de l'article était de 125 \$, elle ne

pourrait pas être attribuée uniquement au deuxième don. Elle le serait plutôt à tous les dons faits au cours de l'année. Le montant admissible serait de 175 \$ (300 \$ moins 125 \$).

Dons promis sur plusieurs années

Q14. Si un donateur reçoit un article (avantage) en contrepartie d'une promesse de faire des dons au cours d'un certain nombre d'années, comment devrait-on calculer le montant admissible?

R. Étant donné surtout que la réception des dons au cours des années suivantes n'est pas garantie, nous sommes d'avis que l'avantage sera pris en considération dans le calcul du montant admissible du don en l'année où l'avantage est reçu. Dans les cas où, comme dans la question Q13., la JVM de l'avantage excède les dons faits au cours de l'année, il conviendrait de déduire des dons de l'année suivante un montant qui correspond à "l'avantage excédentaire". »

2.3. INTENTION DE FAIRE UN DON

En règle générale, pour être considéré comme un don, un transfert de bien doit être volontaire et être effectué dans l'intention manifeste de faire un don.

En common law, on présume que cette intention n'est pas présente lorsque le cédant du bien reçoit une contrepartie ou un avantage.

À quoi servirait de s'efforcer de déterminer le « montant admissible » d'un don, lequel montant prend en considération tout avantage reçu ou à recevoir, si le fait qu'il y ait un tel avantage faisait en sorte qu'il n'y ait plus de don?

Faut-il conclure que chaque fois qu'un contribuable reçoit un quelconque avantage relativement au transfert d'un bien lui appartenant à un donataire reconnu, ce transfert ne pourrait être considéré comme un don?

Pour réfuter cette présomption, le législateur propose une nouvelle règle voulant que la réception d'un avantage par le cédant ne suffise pas en soi à rendre le transfert inadmissible à titre de don si :

- la valeur de l'avantage n'excède pas 80 % de la JVM du bien transféré; ou

- le cédant a convaincu le Ministre que le transfert a été effectué dans l'intention de faire un don²⁸.

Bien que l'avantage fiscal que le contribuable peut obtenir par le jeu de la déduction ou du crédit pour dons de bienfaisance ne soit pas considéré comme un avantage qui dénoterait, à lui seul, un manque d'intention libérale de la part du contribuable, il peut y avoir des circonstances où l'intention de ce dernier de faire un don est contestable en raison des avantages fiscaux et autres qu'il en tire.

La nouvelle règle ci-dessus n'a pas pour objet de permettre au contribuable de tirer profit d'un don qu'il fait, si sa motivation première lors de ce don est d'en tirer profit au moyen d'une combinaison d'avantages fiscaux et autres. En bout de piste, le transfert du bien à un organisme de bienfaisance s'est-il traduit par l'appauvrissement du cédant?

2.4. COÛT D'UN BIEN ACQUIS PAR LE DONATEUR

Dans le calcul du « montant de l'avantage » permettant de déterminer le « montant admissible » d'un don, le donateur doit tenir compte de la valeur, au moment du don, de tout bien, service, compensation ou autre bénéfice reçu ou à recevoir relativement à ce don.

Pour les dons effectués après le 20 décembre 2002, le coût pour le contribuable d'un bien qu'il a acquis en contrepartie, en reconnaissance ou au sujet de son don, correspond à la JVM du bien acquis au moment du don.

2.5. EXEMPLES

Pour mieux comprendre le fonctionnement des nouvelles dispositions afférentes au « montant admissible » d'un don et au calcul du « montant de l'avantage » permettant de l'établir, l'ARC propose plusieurs exemples. Deux de ces exemples sont reproduits ci-après²⁹.

²⁸ Par. 248(32) L.I.R.

²⁹ Pour d'autres exemples, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 6. Les autres exemples offerts traitent des sujets suivants : vente aux enchères à des fins de bienfaisance; loterie; tournois de golf; cotisation de membre; rentes à des fins de bienfaisance; bien grevé d'une hypothèque.

1^{er} exemple : bien grevé d'une hypothèque

M. Généreux transfère une propriété d'une valeur de 300 000 \$ à un organisme de bienfaisance enregistré.

L'organisme assume l'hypothèque de 100 000 \$ qui existe sur le bien et dont les modalités correspondent à la situation actuelle du marché.

Détermination du montant admissible :

- Montant admissible du don :
 - JVM du bien donné : 300 000 \$
 - JVM de l'avantage : 100 000 \$
 - Excédent 200 000 \$
- le montant de l'avantage représente ici 33 1/3 % de la JVM du bien donné; donc, étant inférieur à 80 %, il ne suffit pas en soi à rendre le transfert inadmissible à titre de don;
- si l'hypothèque assumée avait plutôt été de 255 000 \$, le montant de l'avantage aurait été de 85 % du bien donné; pour écarter la présomption qu'il n'y a pas don si le donateur reçoit un avantage, M. Généreux devrait alors convaincre le Ministre que le transfert a été effectué dans l'intention de faire un don.

2^e exemple : concert, spectacle ou manifestation sportive

Des billets sont vendus au prix de 200 \$ pour un concert-bénéfice.

M. Généreux achète un billet et, comme chaque participant, il reçoit : T-shirt (20 \$) et CD de l'artiste (15 \$).

L'artiste a donné un concert semblable il y a huit mois pour 100 \$ par billet.

Détermination du montant admissible :

Prix réel du billet (bénéfice)	200 \$
Moins : - prix d'un billet pour un concert	100 \$
- valeur des articles gratuits	<u>35 \$</u> ⁽¹⁾
Montant de l'avantage	<u>135 \$</u> ⁽²⁾
Montant admissible	65 \$

⁽¹⁾ Règle du seuil minimum : 35 \$ étant plus élevé que le plus petit de 75 \$ et 20 \$ (soit 10 % de 200 \$), les articles gratuits sont considérés comme un avantage dont il faut tenir compte.

⁽²⁾ Le montant de l'avantage (135 \$) ne dépassant pas 80 % du prix réel du billet (160 \$, soit 80 % de 200 \$), l'intention de faire un don subsiste et un reçu de don de 65 \$ peut être délivré.

3. QUELQUES DONS ADMISSIBLES

C'est à partir des trois conditions vues ci-dessus (soit la nécessité du transfert réel d'un bien, un transfert volontaire et un transfert sans perspective de rendement) que l'ARC détermine si un paiement ou la remise d'un bien à un organisme de bienfaisance est un don ou s'il s'agit d'un autre type de contribution inadmissible à titre de don.

En règle générale, un don peut être en espèces ou en nature. Un don en nature peut prendre de multiples formes, pourvu qu'il mette en cause des biens (et non des services) et que ces biens aient une valeur nominale pour le donateur. Un don en nature comprend notamment le don :

- d'immobilisations, dont :
 - les biens à usage personnel;
 - les biens meubles déterminés (estampes, gravures, tableaux, sculptures et autres œuvres d'art de même nature; bijoux; livres rares; timbres; pièces de monnaie);
 - droit de tenure à bail;
 - chalet;
 - actions du capital-actions d'une compagnie;

- biens culturels;
- biens écosensibles;
- de biens amortissables;
- d'articles des stocks d'une entreprise;
- de police d'assurance vie;
- d'un REÉR ou FERR.

Voyons quelques exemples de situations plus particulières et examinons si elles se qualifient en vertu des trois conditions de la règle générale permettant de qualifier un transfert de biens ou d'argent à titre de don admissible.

3.1. DÎNER, BAL, CONCERT OU SPECTACLE

Le Ministère permet que soit considérée comme un don la différence entre le prix d'achat d'un billet pour assister à un dîner, bal, concert, spectacle ou événement du genre servant à recueillir des fonds pour un organisme de bienfaisance et la JVM de la nourriture, du spectacle, etc. bref des services et des biens de consommation qui y sont offerts. Pour déterminer cette JVM, il faut comparer le prix demandé par l'organisme de bienfaisance au prix habituel pour l'entrée à une cérémonie du même genre où aucun don n'est sollicité ou qu'une entreprise à but lucratif aurait organisée.

L'organisme de bienfaisance peut considérer que deux paiements ont été reçus : un pour la JVM de l'entrée et l'autre à titre de don. L'organisme pourra émettre un reçu officiel pour ce dernier paiement. Auparavant, Revenu Canada exigeait d'être consulté au sujet de la répartition entre ces deux paiements avant que l'événement n'ait lieu. Heureusement, depuis février 1984, cette exigence a été abolie, mais il reste que l'organisme doit tout de même conserver en dossier la documentation pour justifier son choix³⁰.

Attention à ceux qui voudraient profiter de l'occasion d'une telle cérémonie pour procéder à une loterie ou à un tirage. Si le prix d'entrée

³⁰ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 5, par. 5 à 8.

comprend la participation à une loterie ou à un tirage de prix qui a une valeur supérieure à une valeur nominale, tout paiement qui est en sus de la JVM du prix d'entrée sera réputé être une contrepartie de la participation à la loterie ou au tirage et non pas un don.

Les nouvelles règles vues ci-dessus en ce qui a trait à la notion de « montant admissible » d'un don pour les dons effectués après le 20 décembre 2002 confirment et précisent la politique administrative antérieure relativement à tout tel événement servant à recueillir des fonds pour un organisme de bienfaisance.

L'exemple suivant illustre bien la position de l'ARC dans le contexte d'un billet pour un dîner-bénéfice.

Dîner-bénéfice

Un organisme de bienfaisance tient un dîner-bénéfice pour lequel 500 billets sont vendus au prix de 200 \$ chacun.

M. Généreux achète un billet.

Valeur du repas : 100 \$ (avant taxes et pourboires).

Prix de présence au cours de la soirée :

- voyage valant 3 000 \$
- bijoux valant 500 \$

(pour un total de 3 500 \$ pour 500 billets, soit 7 \$ par participant)

Stylo et porte-clés remis à chaque participant : valeur au détail 10 \$.

Règle du seuil minimum :

- Prix de présence et objets reçus par participant : $7 \$ + 10 \$ = 17 \$$
- Comme 17 \$ est plus petit que le moins élevé de :
 - 75 \$,
 - 10 % de 200 \$, ou 20 \$,

il est considéré comme un avantage d'une valeur nominale et n'est pas pris en considération⁽¹⁾.

Détermination du montant admissible :

- Montant admissible du don : 100 \$, soit l'excédent :
 - de la valeur du billet : 200 \$
 - sur la valeur de l'avantage reçu (repas) 100 \$⁽¹⁾

⁽¹⁾ Si la valeur des prix de présence et des objets gratuits avait été de 25 \$, il aurait alors fallu en tenir compte et l'ajouter à la valeur des avantages reçus (pour un total de 125 \$), laissant un montant admissible de don de 75 \$.

Comme le montant de l'avantage (100 \$) ne dépasse pas 80 % du prix du billet (c'est-à-dire ne dépasse pas 160 \$), l'intention de faire un don subsiste. Un reçu de don de 100 \$ peut être émis à M. Généreux.

3.2. POLICE D'ASSURANCE VIE

Le don d'une police d'assurance vie (assurance vie « entière » ou « temporaire ») à un organisme de bienfaisance enregistré est considéré comme un don de bienfaisance pourvu que la police soit entièrement cédée au donataire et que ce dernier ait été inscrit comme bénéficiaire de la police.

La valeur d'un tel don correspondra à la valeur de la police (c'est-à-dire le montant de la valeur de rachat de la police au moment de la cession absolue qui excède tout prêt impayé sur celle-ci) avec tous les dividendes et les intérêts accumulés cédés en même temps.

Si la police n'a aucune valeur, le transfert ne constitue pas un don de bienfaisance, mais les dons des primes subséquentes pour la maintenir en vigueur le sont. Effectivement, le don d'une somme à un donataire afin que ce dernier paie les primes d'une police d'assurance vie constitue également un don de bienfaisance aux fins de la loi et pourra être déductible si un reçu officiel est émis par le donataire.

Évidemment, le donateur qui cède une police d'assurance vie doit tenir compte des conséquences fiscales de son geste³¹. Il sera considéré avoir

³¹ Art. 148 L.I.R.; art. 968 L.I.

disposé de sa police pour une valeur égale à celle déterminée aux fins du don et si cette valeur est supérieure à son prix de base rajusté (ci-après « PBR ») pour cette police, il devra inclure la différence dans le calcul de son revenu pour l'année.

S'il est jugé bon que la valeur de la police ou du produit qui en résulte ne soit pas soumis aux exigences du contingent des versements ou inclus dans le revenu de l'organisme de bienfaisance qui l'a reçue, il y aura lieu de faire en sorte que ce don fasse l'objet d'une stipulation de le conserver pendant au moins 10 ans³².

Pour plus de renseignements, consultez le *Bulletin d'interprétation* IT-244R3³³.

Dans le cas où la donation est prévue au décès seulement, il suffit de faire don par testament du produit de l'assurance vie. Le crédit d'impôt pour don de bienfaisance sera disponible dans l'année du décès, même si le don a été fait postérieurement au décès. Ce sera également le cas si l'organisme de bienfaisance a simplement été désigné directement comme bénéficiaire de la police d'assurance, mais seulement pour les décès survenant après 1998.

En effet, jusqu'en 1998, l'ARC considérait que le versement de tout montant en vertu d'une désignation de bénéficiaire en faveur d'un donataire reconnu l'était en vue de remplir une obligation légale d'un contrat d'assurance et n'était pas un don fait par testament. Dorénavant et rétroactivement au décès survenant après 1998, sont admissibles à titre de legs les montants versés à un donataire reconnu, tel un organisme de bienfaisance, en tant que bénéficiaire d'une police d'assurance prise sur la vie du particulier décédé.

Le transfert doit alors s'effectuer dans les 36 mois suivant le décès, quoiqu'un délai plus long peut être accordé par le Ministre, sur demande écrite du représentant légal du défunt, si les circonstances le justifient. Le transfert est alors réputé être un don du particulier au donataire reconnu, effectué immédiatement avant le décès du particulier³⁴.

³² Par. 149.1(1) « contingent des versements », élément A b) de la formule L.I.R. et s.-al. 149.1(12)b(i) L.I.R.; par. 985.9a), art. 985.9.1 et 985.14 L.I.

³³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-244R3, « Dons par des particuliers de polices d'assurance vie comme dons de charité », 6 septembre 1991.

³⁴ Par. 118.1(5.1) et 118.1(5.2) L.I.R.; art. 752.0.10.10.2 et 752.0.10.10.3 L.I.

3.3. INTÉRÊT RÉSIDUEL

Un actionnaire dirigeant peut vouloir donner un bien à une œuvre de bienfaisance enregistrée, tout en conservant la jouissance de celui-ci de son vivant. On dit alors que l'actionnaire dirigeant donne l'intérêt résiduel de ce bien au donataire.

Au Québec, le mécanisme civil approprié pour faire ce genre de donation serait l'usufruit : l'actionnaire dirigeant et son conjoint ou d'autres membres de sa famille, le cas échéant, étant les usufruitiers (c'est-à-dire ceux qui peuvent profiter du bien donné de leur vivant ou pendant la durée de l'usufruit s'il ne s'agit pas d'un usufruit viager) et l'œuvre de bienfaisance enregistrée étant le nu-propriétaire (c'est-à-dire celui qui a la propriété du bien donné, cette propriété étant soumise au droit de l'usufruitier)³⁵.

Un bon exemple de don d'un intérêt résiduel serait le don d'une collection d'œuvres d'art que le donateur veut cependant garder à vue à son domicile sa vie durant ou le don d'un immeuble à revenus dont le donateur veut continuer de tirer les revenus sa vie durant.

L'évaluation de l'intérêt résiduel, qui détermine la somme du don de bienfaisance et le gain en capital ou la perte en capital qui en résulte pour le contribuable, varie selon le genre de don, les intérêts retenus et le libellé du document qui fait état du don.

Dans un bulletin d'interprétation³⁶, l'ARC donne des indications sur la façon de calculer la valeur d'un intérêt résiduel, de même que celle du PBR de cet intérêt résiduel, deux montants qui sont requis pour calculer le gain ou la perte en capital imposable résultant de la disposition d'un tel intérêt résiduel.

Le don de l'intérêt résiduel est avantageux pour le donateur en ce qu'il lui permet d'obtenir dès maintenant une déduction fiscale tout en conservant la jouissance du bien ayant fait l'objet de ce don.

³⁵ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 443 à 498. Une telle donation en usufruit devra être notariée et porter minute, à peine de nullité : art. 776 C.c.Q.

³⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-226R, « Don à un organisme de charité d'une participation résiduelle dans un bien immeuble ou d'une participation au capital dans une fiducie », 29 novembre 1991.

3.4. RENTES ACHETÉES D'ORGANISMES DE BIENFAISANCE

Il arrive que, pour voir les fonds entrer plus vite, un organisme de bienfaisance enregistré sollicite des contributions irrévocables immédiates en capital en échange d'un engagement de sa part à verser au donateur intéressé certains paiements sa vie durant, à un taux précis qui est établi en fonction de l'espérance de vie de ce dernier.

Ainsi d'une part, l'actionnaire dirigeant donateur et son conjoint, si l'entente le prévoit, seront assurés de recevoir un revenu annuel leur vie durant; d'autre part, le donateur aura droit dès maintenant à une déduction pour le don de bienfaisance que constitue la contribution irrévocable effectuée, et finalement le donataire ayant l'argent en main, n'aura pas à craindre un changement d'idée de la part du donateur quant au don de ces fonds.

La date du 20 décembre 2002 est une date charnière en ce qui a trait aux rentes. Avant cette date, la politique administrative de l'ARC était la suivante.

Le montant du don pour lequel le donataire pourra émettre un reçu officiel sera le capital contribué moins la valeur actualisée de la rente convenue avec le donateur.

Dans un bulletin d'interprétation³⁷, l'ARC explique la façon dont elle interprète ce genre d'arrangement et donne une table permettant de calculer le nombre de versements annuels que le rentier peut s'attendre à recevoir en fonction de son âge au moment de conclure l'arrangement.

Brièvement, l'ARC considère ce genre d'arrangement comme un contrat de rente. En conséquence, les paiements faits à un tel donateur sont inclus

³⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-111R2, « Rentes achetées d'œuvres de bienfaisance », 22 septembre 1995 et *Communiqué spécial* IT-111R2, 10 février 1997. Le Bulletin et le Communiqué contiennent une table servant à calculer le montant total qu'un particulier peut s'attendre à recevoir en paiements de rente en vertu des rentes viagères immédiates (la table du Communiqué remplaçant celle du Bulletin). Cependant, lorsque des conditions particulières relatives à la rente rendent inappropriée l'application de cette table, le calcul peut être obtenu du Ministère.

dans le calcul de son revenu³⁸ et une déduction lui est accordée pour la partie des paiements de rente qui représente le capital³⁹.

Si un particulier verse pour la rente un montant supérieur au montant total qu'il s'attend à recevoir en paiements de rente, l'ARC est disposée à considérer comme don l'excédent du prix d'achat sur le montant attendu en retour. Le bulletin précise que, de plus, « dans ces circonstances, aucun montant d'un paiement de rente n'est imposable pour le particulier »⁴⁰. Ce traitement de faveur n'est cependant accordé que si l'organisme n'utilise qu'une partie du montant qu'il a reçu pour acheter une telle rente d'une compagnie d'assurance vie, tout en conservant l'excédent. En outre, dans ces circonstances, l'ARC accepte qu'aucune fraction d'un versement de rente ne soit imposable comme revenu du particulier puisque, si la durée de la rente est plus courte que l'espérance de vie du particulier, les versements de rente constitueront un remboursement de capital et, si la durée de la rente est égale à la durée de vie du particulier, les versements de rente constitueront uniquement un remboursement de capital.

Il est important de souligner que de tels arrangements ne peuvent se conclure qu'avec des œuvres de bienfaisance enregistrées et non des fondations de bienfaisance. En effet, contrairement aux œuvres de bienfaisance, les fondations peuvent perdre leur enregistrement si elles contractent des dettes, autres que celles prévues par la loi, et le Ministère considère l'engagement de faire des paiements de rente comme une dette non autorisée⁴¹.

De plus, à moins qu'une œuvre de bienfaisance ne fasse ce genre d'arrangement sur une échelle suffisamment grande pour niveler ses risques, l'octroi d'une rente viagère à un donateur peut s'avérer dangereuse. Si le donateur survit plus longtemps que la durée de son espérance de vie

³⁸ Al. 56(1)d) L.I.R.; par. 312a) à d) L.I.

³⁹ Al. 60a) L.I.R.; s.-par. 336 1)f) L.I. La Partie III R.I.R. établit la façon de calculer la partie représentant le capital d'un versement de rente. Les articles 336R1 et suivants du *Règlement sur les impôts*, R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (ci-après « R.I. ») sont au même effet.

⁴⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-111R2, *op. cit.*, note 37, par. 3 *in fine*.

⁴¹ Al. 149.1(3)d) et 149.1(4)d) L.I.R.; par. 985.7d) et art. 985.8 L.I. : les dettes autorisées sont celles contractées relativement à des dépenses d'exploitation courante, à l'achat et à la vente de placements et à l'administration d'activités de bienfaisance.

normale, l'œuvre de bienfaisance devra commencer à puiser dans ses autres ressources pour faire face à ses versements de rentes.

Encore faudra-t-il que les lois de la province où l'œuvre de bienfaisance se situe lui permettent d'entrer dans le marché des rentes, sans compter qu'elle devra s'assurer d'en avoir la capacité légale en conformité des objets que lui attribuent ses documents constitutifs.

La position administrative ci-dessus mentionnée en ce qui a trait aux rentes à des fins de bienfaisance n'a pas de fondement en droit et, avec les nouvelles dispositions du 20 décembre 2002 afférentes au « montant admissible » d'un don, elle ne peut plus être maintenue. En effet, dans le cas des rentes émises après le 20 décembre 2002, il faudra déterminer le coût du bien acquis (en l'occurrence le paiement de versements annuels de rente) de l'organisme de bienfaisance donataire du fait du versement du don afin de déterminer le « montant admissible » du don pour le donateur⁴².

Ce qui fait que le traitement fiscal prévu dans la dernière version du *Bulletin d'interprétation* IT-111R2⁴³ continuera de s'appliquer aux rentes émises avant le 21 décembre 2002, mais ce traitement fiscal est annulé pour les rentes émises après le 20 décembre 2002. Dorénavant, lorsqu'un montant est versé à un organisme de bienfaisance par un donateur et que l'avantage que le donateur reçoit en échange correspond à une suite de paiements garantis pendant une certaine période de temps, le « montant admissible » sera égal à l'excédent du montant versé par le donateur à l'organisme de bienfaisance sur le montant qu'un tiers sans lien de dépendance verserait à ce moment-là pour acquérir une rente qui financerait les paiements garantis.

De plus, les paiements de rente ne seront plus exemptés d'impôt. Ces paiements devront être imposés durant la vie de la rente et inclus dans le revenu du donateur au cours de cette période conformément aux dispositions relatives au paiement de rentes prévu à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et au règlement y afférent⁴⁴. Malgré l'annulation de la position administrative antérieurement utilisée, les rentes à des fins de bienfaisance continueront vraisemblablement de servir de moyen de collecte de fonds, et il est fort possible qu'elles soient plus avantageuses pour le donateur.

⁴² Par. 248(33) L.I.R.

⁴³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 37.

⁴⁴ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 27, questions 10 et 11. Voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 6.

Pour comparer l'ancienne et la nouvelle position administrative de l'ARC, celle-ci soumet l'exemple ci-dessous :

Faits :

- Un donateur fait une contribution de 100 000 \$ à un organisme de bienfaisance.
- L'espérance de vie du donateur est de huit ans (supposons qu'il vit encore huit ans).
- Le donateur recevra des paiements de rente de 10 000 \$ par année (80 000 \$ au total).
- Le coût d'une rente qui rapporte 80 000 \$ sur huit ans est de 50 000 \$.

Traitement fiscal selon la pratique administrative avant le 21 décembre 2002 :

- Le donateur reçoit un reçu à des fins d'impôt de 20 000 \$ pour l'année du don (soit 100 000 \$ - 80 000 \$).
- Le donateur reçoit au total 80 000 \$ de paiement de rentes exemptes d'impôt.

Traitement fiscal proposé pour les rentes après le 20 décembre 2002 :

- Le donateur reçoit un reçu à des fins d'impôt de 50 000 \$ pour l'année du don (soit 100 000 \$ - 50 000 \$).
- Le donateur reçoit au total 80 000 \$ de paiements de rentes, dont 30 000 \$ devront être inclus dans son revenu sur une période de huit ans (soit 80 000 \$ - 50 000 \$).

3.5. REÉR ET FERR

Parfois, les particuliers peuvent vouloir désigner un organisme de bienfaisance à titre de bénéficiaire du produit de leur REÉR, de leur FERR ou encore de leur police d'assurance vie à leur décès.

Pour ce qui est des polices d'assurance vie, ce sujet a déjà été traité ci-dessus. Concentrons-nous sur le don d'un REÉR ou d'un FERR.

Dans le passé, ces dons de REÉR ou de FERR par désignation de bénéficiaire n'étaient pas reconnus de la même façon que les dons par testament, et ne pouvaient donc pas être déduits dans la déclaration finale du donateur. Cette situation a parfois donné lieu à l'application de l'impôt lors de la disposition d'un REÉR ou d'un FERR, sans que soit accordé un crédit d'impôt correspondant.

Pour les décès survenus après 1998, un traitement uniforme est appliqué aux deux situations, soit celle d'un organisme de bienfaisance nommé dans un testament ou celle d'un organisme de bienfaisance nommé comme bénéficiaire direct⁴⁵. Ainsi, pour les décès survenant après 1998, la disponibilité des crédits d'impôt pour don de bienfaisance est élargie aux transferts admissibles d'un REÉR ou d'un FERR effectué par suite d'une désignation directe de bénéficiaire en vertu du régime ou du fonds.

Le transfert direct par désignation de bénéficiaire doit s'effectuer dans les 36 mois suivant le décès ou, si le représentant légal du particulier en fait la demande écrite au Ministre, dans un délai plus long que le Ministre estime raisonnable dans les circonstances. Les liquidateurs pourront alors demander un crédit pour don de bienfaisance lorsqu'ils produiront la déclaration finale du défunt ou, si le transfert des sommes d'argent à l'organisme de bienfaisance bénéficiaire a lieu après la production de la déclaration finale du défunt, les liquidateurs pourront alors produire une déclaration amendée tenant compte de ce crédit pour don de bienfaisance dans le calcul de l'impôt payable pour l'année du décès du défunt et, si c'est nécessaire, dans le calcul de l'impôt payable pour l'année d'imposition précédant celle du décès⁴⁶.

⁴⁵ Par. 118.1(5.3) L.I.R.; art. 752.0.10.10.4 L.I. Voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin pour les organismes de bienfaisance enregistrés*, n° 15, 2 mars 2003, à la section « Questions de l'heure » traitant de « Dons par transfert direct ». Il est à noter que les paiements effectués à un organisme de bienfaisance par suite d'un transfert direct d'une somme d'argent versée à cet organisme à titre de bénéficiaire d'une police d'assurance vie, d'un REÉR ou d'un FERR sont maintenant réputés constituer des dons, mais seulement aux fins de l'article 118.1 L.I.R. lorsqu'il est satisfait aux dispositions des paragraphes 118.1(5.1) et (5.3) L.I.R.; art. 752.0.10.10.2 et suiv. L.I. Par conséquent, ces paiements ne constituent pas des dons aux fins du paragraphe 149.1(1) L.I.R. (art. 985.1 L.I.) et ne sont donc pas inclus dans le contingent des versements.

⁴⁶ Par. 118.1(4), 118.1(5) et 118.1(5.3) L.I.R.; art. 752.0.10.9, 752.0.10.10 et 752.0.10.10.4 L.I.

4. LES DONN ET L'IMPÔT

Nous venons de voir quel genre de biens un actionnaire dirigeant pourrait donner à un organisme de bienfaisance et la façon dont se calcule depuis le 20 décembre 2002 le « montant admissible » du don pour le donateur.

Voyons maintenant les avantages fiscaux reliés aux dons.

Il ne faut pas oublier que lorsqu'un don est en espèces, il est facile de calculer le montant du don et, selon le cas, le montant admissible du don. Mais, quant il s'agit d'un don en nature, il est parfois plus difficile de déterminer la valeur du don. Étant donné que le donateur est réputé avoir reçu une contrepartie égale à la JVM du bien donné, il devient important d'évaluer correctement cette JVM⁴⁷ et de connaître les conséquences fiscales découlant de la disposition du bien par donation entre vifs.

4.1. LIMITE PERMISE

Aux fins du calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, il peut être pris en considération les dons que celui-ci a fait pendant l'année, sans dépasser un certain pourcentage de son revenu net pour l'année. Ce pourcentage du revenu net, qui a été plafonné à 20 % pendant très longtemps (sauf pour les dons à l'État), a fait l'objet d'une augmentation significative au cours de la dernière décennie.

Le tableau ci-dessous résume cette évolution de l'augmentation du pourcentage de revenu net utilisable dans le calcul du montant de don admissible au cours d'une année d'imposition :

⁴⁷ Laquelle JVM peut parfois être réduite au coût du bien donné pour le donateur comme il a été vu précédemment à la section 2.1.

Année d'imposition	Limite de pourcentage du revenu net			
	Don de bienfaisance		Don à l'État	
	Fédéral	Québec	Fédéral	Québec
Jusqu'à 1995	20 %	20 %	100 %	100 %
1996	50 %	20 %	100 %	100 %
1997	75 %	20 %	75 %	100 %
1998 et suivantes	75 %	75 %	75 %	75 %

	Don d'un bien culturel		Don d'un bien écosensible	
	Fédéral	Québec	Fédéral	Québec
	Fédéral	Québec	Fédéral	Québec
Jusqu'à 1995	100 %	100 %	100 % ⁴⁸	100 %
1996	100 %	100 %	100 %	100 %
1997	100 %	100 %	100 %	100 %
1998 et suivantes	100 %	100 %	100 %	100 %

La lecture de ce tableau permet de faire les constatations suivantes :

- Le Québec a pris quelques années avant d'emboîter le pas au fédéral dans l'augmentation de la limite du pourcentage du revenu net.
- Les dons à l'État qui jouissaient d'une limite de 100 % du revenu net ont été réduits à 75 % lorsque la limite pour les dons de bienfaisance a atteint 75 % afin que l'application de limites distinctes ne touche pas la distribution des dons entre les différentes catégories de donataires et ne favorise pas indûment les organismes plus importants (musées, universités, etc.) par rapport aux plus petits organismes de bienfaisance (banques alimentaires, centres d'accueil, etc.).
- Le plafond de 100 % est cependant conservé pour les dons de biens culturels et de biens écosensibles afin d'encourager la conservation et la protection du patrimoine culturel et environnemental.

⁴⁸ S'applique pour les dons effectués après le 27 février 1995.

Exceptionnellement, la limite annuelle permise est de 100 % du revenu net dans le cas d'un don fait dans l'année du décès. Un don fait suivant le testament d'un contribuable est réputé fait dans l'année du décès même s'il est effectivement réglé après l'année du décès. De plus, si le don fait dans l'année du décès n'est pas totalement utilisé au cours de l'année du décès, tout solde de ce don peut servir à réduire l'impôt de l'année qui précède celle du décès, jusqu'à concurrence de 100 % du revenu net de cette année.

Voyons l'exemple suivant :

« Roger est décédé en 2004. Tout montant admissible d'un don fait par lui à un organisme de bienfaisance enregistré au cours de 2004, y compris tout legs prévu dans son testament, peut être utilisé jusqu'à 100 % de son revenu net pour 2004 et jusqu'à 100 % de son revenu net pour 2003⁴⁹. »

Afin d'éviter les problèmes d'interprétation quant à la date effective d'un don effectué par le liquidateur de la succession d'un particulier décédé, la loi établit qu'un tel don est réputé avoir été fait dans l'année d'imposition au cours de laquelle le particulier est décédé⁵⁰.

Le don est donc admissible dans l'année du décès, même s'il a été fait après l'année du décès. Toutefois, rappelons que le législateur québécois ne reconnaîtra pas le don d'un « bien culturel » résultant du décès d'un particulier s'il n'est toujours pas dévolu au donataire prescrit dans le délai de 36 mois qui suit le décès de ce particulier⁵¹.

Dans le cas d'une donation entre vifs, si le total des dons de bienfaisance du contribuable pour l'année excède le plafond autorisé de son revenu net, il peut reporter l'excédent sur n'importe laquelle des cinq années qui suivent. Étant donné que les dons utilisés au cours d'une année peuvent être reportés sur les cinq années suivantes, il est préférable que les dons se déduisent par ordre d'ancienneté, c'est-à-dire que si de nouveaux dons sont faits dans une année subséquente, alors que le contribuable n'a pas encore déduit tous les

⁴⁹ Par. 118.1(1) « total des dons », s.-al. a)(ii) L.I.R.; par. 118.1(4) et (5) L.I.R.; art. 752.0.10.1 « total admissible des dons de bienfaisance », par. a) L.I.; art. 752.0.10.9 et 752.0.10.10 L.I.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Brochure P113(F)*, *op. cit.*, note 10, p. 10 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 7, pp. 10 et 11.

⁵⁰ Par. 118.1(5) L.I.R.; art. 752.0.10.10 L.I.

⁵¹ Art. 232R2.1 R.I. : une prolongation du délai de 36 mois peut être demandée par le représentant légal du particulier décédé.

dons reportés des années antérieures, il finit d'abord de déduire les dons reportés des années antérieures.

Voyons l'exemple suivant :

« Jérémie donne 80 000 \$ à un organisme de bienfaisance en 2004. Son revenu annuel pour 2004 est de 60 000 \$. Dans sa déclaration de revenus pour 2004, Jérémie peut utiliser jusqu'à 75 % de 60 000 \$, soit 45 000 \$, pour calculer son crédit d'impôt pour dons de bienfaisance.

Quant au reste de son don, soit 35 000 \$ (80 000 \$ - 45 000 \$), il peut le reporter et l'utiliser dans sa déclaration de revenus de 2005, 2006, 2007, 2008 ou 2009⁵². »

Dans le cas du don d'une immobilisation, c'est-à-dire tout bien dont la disposition se traduirait pour le donateur par un gain ou une perte en capital, ou encore dans le cas du don d'un bien amortissable, la loi permet une majoration de la limite annuelle de 75 % du revenu net autrement permise.

Voyons les cas où la loi permet ainsi une telle majoration de la limite annuelle permise :

- don d'un bien écosensible : 100 % au lieu de 75 % du revenu net;
- don d'un bien culturel : 100 % au lieu de 75 % du revenu net;
- don d'une immobilisation (autre qu'un bien écosensible ou qu'un bien culturel) : 75 % du revenu net **plus** 25 % du gain en capital⁵³;
- don d'un bien amortissable : 75 % du revenu net **plus** 25 % de la récupération d'amortissement.

Toujours en vue d'apporter des allègements à l'imposition du donateur qui fait le don d'une immobilisation, en plus de permettre la majoration de la limite permise du revenu net, le législateur prévoit parfois la majoration du montant du don. C'est le cas pour le don d'une œuvre d'art à une institution muséale du Québec fait après le 14 mars 2000. Dans un tel cas, le législateur

⁵² Al. 110(1)a) ou par. 118.1(1) « dons de bienfaisance » L.I.R.; art. 710 ou 752.0.10.1 « total des dons de bienfaisance » L.I.

⁵³ Au Québec, la limite additionnelle de 25 % du gain en capital n'est accordée que si le bien donné est relié à la mission du donataire, c'est-à-dire si le donataire a acquis le bien dans le cadre de sa mission première et s'il peut l'utiliser sans avoir à le vendre : art. 752.0.10.1 « total admissible des dons de bienfaisance » L.I.

québécois permet une majoration de 25 % du montant du don d'une telle œuvre d'art⁵⁴.

Pour être plus précis en ce qui concerne la majoration de la limite annuelle pour les dons d'un bien amortissable, la majoration additionnelle permise est de 25 % du moins élevé de :

- la récupération de l'amortissement incluse dans le revenu du donateur pour l'année;
- le produit de disposition (net des dépenses) du bien amortissable; et
- le coût en capital du bien amortissable⁵⁵.

4.2. CRÉDIT D'IMPÔT POUR DONN

Une fois que l'actionnaire dirigeant aura déterminé le montant utilisable de son don,

- d'une part, après avoir établi le « montant admissible » de ce don, compte tenu du montant de tout avantage reçu par celui-ci au titre du don,
- d'autre part, en tenant compte de la limite permise quant à l'utilisation du montant de ce don, en considérant le pourcentage du revenu net applicable pour le genre de don effectué (en général 75 % du revenu net, sauf pour les dons à l'État et les dons de biens culturels ou écosensibles donnant droit à 100 %),

il reste à calculer le montant du crédit d'impôt pour don auquel aura droit l'actionnaire dirigeant⁵⁶.

Présentement, le crédit d'impôt en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est de 17 % pour la première tranche de 200 \$ de don de bienfaisance au cours d'une année et de 29 % pour la partie dépassant ce seuil. Au

⁵⁴ Art. 752.0.10.15.1 L.I.

⁵⁵ Ici aussi, le Québec pose comme condition spéciale à l'octroi de cette majoration de 25 % de la récupération de l'amortissement, l'obligation que le don du bien amortissable soit relié à la mission du donataire, c'est-à-dire si le donataire a acquis le bien dans le cadre de sa mission première et s'il peut l'utiliser sans avoir à le vendre : art. 752.0.10.1 « total admissible des dons de bienfaisance » L.I.

⁵⁶ Nous parlons ici d'un « crédit d'impôt » plutôt qu'une « déduction du revenu imposable » parce qu'il s'agit d'un don effectué par un particulier plutôt qu'un don fait par une compagnie.

Québec, le crédit d'impôt est de 21 % pour la première tranche de 2 000 \$ de dons de bienfaisance et de 24 % pour la partie dépassant ce seuil.

Le tableau ci-après résume l'historique comparatif du traitement fiscal des dons faits par des particuliers :

Années d'imposition	Traitement	Fédéral		Traitement	Québec	
		Seuil/Taux	Taux sur excédent		Seuil/Taux	Taux sur excédent
Avant 1988	déduction	-	déduction	-	-	
1988 à 1991	crédit	250 \$/17 %	29 %	déduction	-	-
1992 à 1993	crédit	250 \$/17 %	29 %	crédit	0 \$	20 %
1994 à 1997	crédit	200 \$/17 %	29 %	crédit	0 \$	20 %
1998 à 1999	crédit	200 \$/17 %	29 %	crédit	0 \$	23 %
2000	crédit	200 \$/17 %	29 %	crédit	2 000 \$/ 22 %	25 %
2001	(idem)			crédit	2 000 \$/ 21,5 %	25 %
2002	(idem)			crédit	2 000 \$/ 21 %	24 %
2003 et suiv.	(idem sauf si Budget)			(idem sauf si Budget)		

4.3. ACTIONS DE COMPAGNIE

Parmi les immobilisations pouvant faire l'objet d'une donation par un contribuable, on retrouve les actions de compagnie. Cependant, lorsqu'un contribuable donne une action de compagnie à un organisme de bienfaisance, bien qu'il puisse prendre avantage du crédit (si le donateur est un particulier) ou de la déduction (si le donateur est une compagnie) auquel le « montant admissible » du don pourra lui donner droit, ce donateur devra se préoccuper des conséquences fiscales de son don. En effet, le don d'une action peut entraîner un gain en capital si le produit de disposition de l'action est supérieur au coût fiscal (PBR) de cette action pour le donateur.

C'est pourquoi, pour encourager les contribuables à faire donation d'actions de compagnie, certains allègements à l'imposition du don d'une telle immobilisation ont été prévus par le législateur. Ces allègements feront l'objet d'une étude plus détaillée un peu plus loin.

Le législateur distingue entre le don d'une action cotée à une Bourse de valeurs visée par règlement et le don d'une action d'une compagnie privée. Il encourage le don du premier type d'actions par des mesures généreuses, dont la réduction du taux d'inclusion du gain en capital découlant d'une telle donation, mais il se méfie d'une donation visant le second type d'actions, tout particulièrement lorsqu'il y a une relation étroite entre le donateur et la compagnie dont est issue l'action donnée ou encore entre le donateur et l'organisme de bienfaisance auquel l'action est donnée. Pour mieux contrôler les abus perçus par le législateur dans le cas de la donation d'une action, d'une créance ou de tout autre titre d'une compagnie privée à un organisme de bienfaisance, le concept de « titre non admissible » a été développé par le législateur. Voyons donc les allègements accordés au don d'actions ou autres titres de compagnies : d'abord ceux afférents aux titres cotés en Bourse, puis ceux visant les titres de compagnies privées.

4.4. DON D' ACTIONS COTÉES EN BOURSE

Pour permettre aux organismes de bienfaisance canadiens d'avoir accès aux importants dons de titres que les organismes caritatifs américains obtiennent, le législateur fédéral proposait en février 1997 de ramener de moitié le taux d'inclusion dans le revenu des gains en capital découlant du don de certains titres.

Cette mesure fut à l'essai pour les dons faits entre le 18 février 1997 et le 31 décembre 2001. Elle a été rendue permanente lors du Budget du 10 décembre 2001.

Une telle réduction du taux d'inclusion permet de ramener la partie imposable des gains en capital découlant du don de certains titres de 50 % à 25 %.

Sont admissibles à la réduction du taux d'inclusion des gains en capital les dons faits à un donataire reconnu **autre qu'une fondation privée** des titres suivants⁵⁷ :

- actions, créances ou droits cotés à une Bourse de valeurs visée par règlements⁵⁸;
- actions d'une société de placements à capital variable;

⁵⁷ Al. 38a.1) L.I.R.; art. 231.1 L.I.

⁵⁸ Art. 3200 R.I.R. pour les Bourses de valeurs au Canada et art. 3201 R.I.R. pour les Bourses de valeurs hors du Canada.

- parts d'une fiducie de fonds communs de placement;
- participations dans une fiducie créée à l'égard de fonds réservés d'assurance vie⁵⁹;
- créances visées par règlements.

Pour avoir droit à la réduction du taux d'inclusion des gains en capital, les titres donnés doivent être déclarés sur le Formulaire prescrit T1170.

Tout don de titres d'actions cotées en Bourse est un don en nature. L'organisme de bienfaisance qui reçoit un don en nature peut délivrer un reçu d'impôt pour la « JVM » du don à la date où il a été fait. La date d'un don d'actions est la date où le titre de propriété est transféré. Le moment où la propriété d'une action est réputée passer d'une personne à une autre est une question de fait. L'ARC estime que l'organisme devient propriétaire des actions dès qu'il a les droits suivants :

- celui de recevoir les dividendes déclarés à l'égard des actions;
- celui de recevoir des sommes si la société est liquidée;
- celui d'exercer les votes rattachés aux actions.

L'ARC apporte les précisions suivantes relativement à la date où un don de titres ou d'actions cotées en Bourse sera considéré avoir été fait⁶⁰ :

« Donation par testament

Généralement, lorsqu'un don de titres est fait conformément au testament d'un particulier décédé, ce don est réputé avoir été fait, pour l'application du crédit d'impôt pour dons de bienfaisance, par le particulier immédiatement avant son décès. La position de l'ADRC est que, dans un tel cas, la valeur du don est la valeur des titres immédiatement avant le décès du particulier, et non la valeur des titres au moment où l'organisme de bienfaisance les reçoit.

⁵⁹ Au sens de l'alinéa 138.1(1)a) L.I.R.; art. 851.1 à 851.15 et par. 966b) « fonds réservé » L.I.

⁶⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin pour les organismes de bienfaisance enregistrés*, n° 12, printemps 2002.

Dons faits du vivant du donateur (donation entre vifs)

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne donne aucune directive pour déterminer le moment précis d'une donation entre vifs. Toutefois, une donation est réputée être faite au moment où la propriété du bien visé par la donation est transférée à l'organisme de bienfaisance enregistré et acceptée par lui. Comme vous l'avez vu précédemment, le moment où la propriété d'une action est transférée d'une personne à une autre est déterminé en fonction des faits.

Les organismes de bienfaisance reçoivent des dons de titres de sociétés ouvertes de différentes manières : par porteur, par la poste et par transfert électronique. La réception d'un don et son acceptation ne vont pas toujours de pair, car un organisme peut refuser un don précis pour des raisons diverses. Par exemple, le don peut consister en actions d'une société dont les activités sont incompatibles avec les valeurs de l'organisme, qui se voit alors dans l'obligation de le refuser. Nous vous recommandons d'examiner les politiques de l'organisme et les statuts le régissant pour déterminer s'il peut refuser le don. Si l'organisme accepte le don, nous supposons qu'il en comprend la nature et qu'il a manifesté son intention de le conserver.

Livraison par porteur

Parfois, un certificat d'actions portant un endossement, ou ne portant pas d'endossement mais accompagné d'un pouvoir pour le transfert et la vente d'actions dûment signé, est livré par porteur à l'organisme de bienfaisance. Dans la plupart des cas, il est raisonnable de considérer le don comme ayant été fait au moment où l'organisme l'a effectivement reçu et accepté.

Livraison par la poste

Dans d'autres cas, le certificat d'actions portant un endossement, ou ne portant pas d'endossement mais accompagné d'un pouvoir pour le transfert et la vente d'actions dûment signé, est livré par la poste à un organisme de bienfaisance. Bien que le moment du don puisse varier selon les circonstances, il est généralement raisonnable de considérer le don comme ayant été fait au moment où l'organisme l'a reçu et accepté.

Transfert électronique

Récemment, des organismes de bienfaisance ont reçu des dons d'actions sous la forme de transferts électroniques au compte de l'organisme. Comme la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit pas cette manière précise de donner des actions, la date d'un tel don peut poser un problème.

En règle générale, la date à laquelle l'organisme reçoit un don d'actions par transfert électronique est la date à laquelle les actions sont reçues dans le compte de l'organisme. Dans de tels cas, le donateur informe l'organisme de son intention, qui indique son intention d'accepter le don en fournissant son numéro de compte au donateur.

Toutefois, cette règle ne s'applique pas forcément dans tous les cas : il faut donc examiner attentivement les faits du cas afin de déterminer le moment du don. Par exemple, le donateur et l'organisme de bienfaisance peuvent avoir conclu une entente écrite selon laquelle la propriété des actions a effectivement été transférée à l'organisme avant que le compte de l'organisme ne reçoive les actions.

Évaluation des actions

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne donne aucune directive sur la façon dont il faut évaluer un don d'actions. Il faut examiner attentivement les faits du cas afin de déterminer la "juste valeur marchande" des actions. De façon générale, l'ADRC accepte la valeur du don calculée d'après le cours de clôture de l'action à la date de réception des actions par l'organisme ou d'après la médiane des cours le plus élevé et le plus bas de la journée, suivant celui de ces deux montants qui est le plus près, dans les circonstances, de la juste valeur marchande des actions dans le marché ordinaire et dans le marché actif.

Voici quelques autres facteurs dont il peut être nécessaire de tenir compte : la taille du bloc d'actions par rapport à l'ensemble du capital-actions de la société; le nombre d'actions échangées à cette date; les attributs des actions; le fait que le donateur était un actionnaire contrôlant ou minoritaire; le fait que les actions étaient pleinement transférables ou que leur transfert était assujéti à des restrictions; et le fait que le marché pour ces actions était étroit, ce qui oblige à tenir compte des transactions effectuées sur une plus longue période. »

Pour mieux comprendre le fonctionnement de cette réduction du taux d'inclusion des gains en capital lors d'une donation d'actions cotées en Bourse, voyons l'exemple suivant.

Hypothèses de départ :

- M. Généreux veut donner, en décembre 2004, 100 000 \$ à une œuvre de bienfaisance enregistrée.
- Pour ce faire, il entend disposer d'un portefeuille d'actions cotées en Bourse dont
 - la JVM est de 100 000 \$;
 - le PBR est de 50 000 \$.
- Les actions visées par le don ne sont pas reliées à la mission du donataire.
- M. Généreux gagne par ailleurs 100 000 \$ par année.
- M. Généreux devrait-il :

- vendre son portefeuille pour faire le don en argent?
- donner son portefeuille à l'œuvre?

	Vente des actions et don en argent		Don des actions	
Calcul du revenu imposable				
Revenu régulier		100 000 \$		100 000 \$
Gain en capital	50 000 \$		50 000 \$	
Gain en capital imposable (ci- après « GCI ») (50 %)		25 000 \$		
Taux d'inclusion du GCI si don (25 %)		---		<u>12 500 \$</u>
Revenu total de l'année		125 000 \$		112 500 \$
Calcul du crédit pour don	Fédéral	Québec	Fédéral	Québec
Revenu total	125 000 \$	125 000 \$	112 500 \$	112 500 \$
Limite générale (75 %)	93 750 \$	93 750 \$	84 375 \$	84 375 \$
Plus : ½ du GCI inclus	-	-	<u>6 250 \$</u>	<u>--⁶¹</u>
Limite totale	93 750 \$	93 750 \$	90 625 \$	84 375 \$
Crédit d'impôt en 2004	27 163 \$ +	22 440 \$	26 257 \$ +	20 190 \$

⁶¹ Au Québec, la limite additionnelle de 25 % du GCI n'est accordée que si le bien donné est relié à la mission du donataire, c'est-à-dire s'il peut être utilisé par le donataire sans que ce dernier ait à le vendre.

	Vente des actions et don en argent	Don des actions	
Calcul de l'impôt à payer			
Revenu total	125 000 \$	112 500 \$	
Impôt avant crédit (revenu total x 48,2 %)	60 250 \$	54 225 \$	
Moins : crédit d'impôt	- <u>49 603 \$</u>	- <u>46 447 \$</u>	
Impôt à payer	10 647 \$	7 778 \$	
Solde de don à reporter		Fédéral	Québec
Montant du don en 2004	100 000 \$	100 000 \$	100 000 \$
Montant du don utilisé en 2004	<u>93 750 \$</u>	<u>90 625 \$</u>	<u>84 375 \$</u>
Solde reportable sur cinq ans	6 250 \$	9 375 \$	15 625 \$

Si aucun don n'avait été fait, impôt à payer pour l'année 2004 :

$$100\,000 \$ \times 48,2 \% = 48\,200 \$$$

S'il y a vente des actions et don d'argent : impôt à payer : 10 647 \$

S'il y a don des actions : impôt à payer : 7 778 \$

Donc, avec le don, M. Généreux :

- paie moins d'impôt sur ses revenus réguliers :
 - 37 553 \$ de moins s'il y a vente des actions et don en argent;
 - 40 442 \$ de moins s'il y a don des actions;
- ne paie aucun impôt sur le gain en capital résultant de la disposition de ses actions;
- s'il y a don des actions (plutôt que vente des actions) :
 - jouit d'un montant plus important de don reportable sur cinq ans;

- tout en payant moins d'impôt sur le revenu que s'il y a vente des actions.

Également, le législateur permet dorénavant au particulier qui est un employé qui exerce une **option d'achat d'actions**, et qui donne les actions ainsi acquises à un organisme de bienfaisance, de jouir d'un traitement fiscal aussi favorable que celui du donateur pouvant faire don directement des titres visés. Le problème pour l'employé, lors de l'exercice d'une option, était qu'il devait ajouter à son revenu imposable, en guise de revenu d'emploi et non comme gain en capital, la valeur d'un avantage égal à la JVM de l'action, moins le montant versé pour l'acheter. Une mesure a donc été adoptée, permettant à l'employé de limiter l'inclusion dans son revenu au quart⁶² de l'avantage imposable. Pour être admissible, l'action obtenue grâce à l'option doit être donnée dans l'année et dans les 30 jours suivant la levée de l'option. Cette mesure sera aussi valable pour les dons d'unités de fiducie de fonds communs de placement acquises en vertu d'une option d'achat accordée aux employés. Le Québec a harmonisé sa loi à celle du fédéral relativement aux dons de titres acquis dans le cadre d'une option d'achat.

4.5. TITRES NON ADMISSIBLES

En règle générale, le législateur veut empêcher qu'un donateur puisse profiter d'un avantage fiscal en cédant une créance, une action ou tout autre titre issu d'une personne (dont une compagnie) avec laquelle il a un lien de dépendance, à moins que le donataire ne transforme cette créance, action ou autre titre en argent ou qu'il ne le « monnaie » autrement. D'où la création du concept de « titre non admissible ».

Est un titre non admissible d'un particulier à un moment donné :

- une créance dont est débiteur le particulier, sa succession ou une personne ou une société de personnes;
- une action du capital-actions d'une compagnie;
- tout autre titre émis par le particulier, sa succession ou par toute personne ou société de personnes;

⁶² Al. 110(1)d.01) et par. 110(2.1) L.I.R., applicable aux années d'imposition 2000 et suivantes. Toutefois, en ce qui concerne l'année d'imposition 2000, entre le 28 février 2000 et le 18 octobre 2000, l'employé pouvait limiter l'inclusion dans son revenu au tiers de l'avantage imposable.

- avec laquelle le particulier ou sa succession a un lien de dépendance immédiatement après ce moment⁶³.

N'est cependant pas un titre non admissible :

- une créance qui est une obligation d'une **institution financière** de rembourser un montant déposé auprès d'elle⁶⁴;
- une créance, une action ou tout autre titre **coté à une Bourse de valeurs** canadienne ou étrangère visée par règlement; ou
- toute créance, action ou autre titre émis par une entité avec lequel le donateur ou sa succession **n'est pas lié** immédiatement après le transfert initial.

Échappe également aux règles afférentes au don d'un titre non admissible le « don exclu ». Et qu'est-ce qu'un « don exclu »?

Est un « don exclu » le don fait par un donateur si toutes les conditions ci-après sont réunies :

- le titre est une action;
- le donataire n'est pas une **fondation privée**;
- le donateur n'a aucun lien de dépendance avec le donataire; et
- le donateur n'a aucun lien de dépendance avec les administrateurs, fiduciaires, cadres ou représentants semblables de l'œuvre de bienfaisance ou de la fondation publique donataire⁶⁵.

Maintenant que nous savons ce que sont un titre non admissible et un don exclu, voyons de quelle manière le législateur utilise ces concepts pour empêcher un donateur (ou sa succession si le donateur est un particulier) d'obtenir un avantage fiscal en cédant une créance, une action ou tout autre

⁶³ Par. 118.1(18) L.I.R.; art. 752.0.10.1 « titre non admissible » L.I.

⁶⁴ Une « institution financière » est définie au paragraphe 118.1(20) L.I.R. et à l'article 752.0.10.1 L.I.

⁶⁵ Par. 110.1(6) et 118.1(19) L.I.R.; art. 716.0.2, 752.0.10.1 « don exclu » et 752.0.10.16 L.I.

titre d'une personne (telle une compagnie ou une société de personnes) avec laquelle il a un lien de dépendance.

Le don d'un titre non admissible, à moins qu'il ne s'agisse d'un don exclu, est réputé ne pas avoir été fait au moment du don et aucun crédit d'impôt ou aucune déduction n'en résulte à ce moment⁶⁶.

Le donateur est réputé avoir fait le don d'un bien au donataire uniquement lorsque le titre donné est « monnayé », c'est-à-dire qu'il cesse d'être un titre non admissible, ou encore que le donataire dispose du titre non admissible, et ce, dans l'un et l'autre cas, au cours des cinq ans suivant le moment du don; ce n'est qu'à ce moment ultérieur que le donateur est alors réputé avoir fait un don et la JVM de ce don est réputée égale au moins élevé des montants suivants :

- la JVM du titre à la date où il cesse d'être un titre non admissible;
- la JVM de la contrepartie (sauf s'il s'agit d'un autre titre non admissible) reçue par le donataire pour le titre dont il a disposé;
- la JVM du bien donné au moment de la donation initiale⁶⁷.

Si cinq ans se passent depuis le moment du don sans que ce dernier ne soit « monnayé », les conséquences seront les suivantes :

- il n'y aura pas de don;
- le donateur devra reconnaître dans sa déclaration de revenus la disposition du titre non admissible cédé au donataire;
- le donateur réalisera alors, le cas échéant, le gain ou la perte en capital sur la disposition de ce titre non admissible;
- le donateur pourra cependant réduire ou annuler tout gain en capital en faisant une désignation appropriée du produit de disposition de son don, à un montant choisi entre le PBR et la JVM du titre ainsi donné⁶⁸.

⁶⁶ Par. 110.1(6) et al. 118.1(13)a) L.I.R.; art. 716.0.2 et 752.0.10.18 L.I.

⁶⁷ Par. 110.1(6) et al. 118.1(18)b) et c) L.I.R.; art. 716.0.2 et 752.0.10.18 L.I.

⁶⁸ La limite inférieure du montant choisi ne pourra être inférieure au montant de tout avantage au titre de don reçu par le donateur, si le montant de cet avantage est plus élevé que le PBR du titre donné et que le don est fait après le 20 décembre 2002.

Dans le cas où le donateur est un particulier, qu'il décède au cours de la période de cinq ans suivant le don et que le titre non admissible est « monnayé » après son décès, mais toujours à l'intérieur de la période de cinq ans, le don sera alors réputé avoir été fait au cours de la période d'imposition du décès du particulier.

Toutefois, l'application rétroactive de ce don ne permettra pas de modifier les intérêts payables en vertu d'une disposition de la loi (*Loi de l'impôt sur le revenu* ou *Loi sur les impôts*), tels les intérêts payables sur des impôts en retard ou encore sur des impôts payés en trop⁶⁹.

Dans le cas où le titre non admissible détenu par un donataire est échangé contre une nouvelle action, au cours d'une opération dite de « roulement » (en vertu de l'une ou l'autre des dispositions des articles 51, 85.1, 86 ou 87 L.I.R.), la nouvelle action est réputée être la même action que l'action originale ayant fait l'objet du don⁷⁰.

Pour éviter que le donateur ait à s'imposer immédiatement sur la disposition d'un titre non admissible à un donataire, alors que son don n'est pas encore reconnu, le législateur a prévu un mécanisme de réserve pour permettre au donateur de reporter l'inclusion du gain en capital découlant du don initial jusqu'à l'année d'imposition au cours de laquelle le don sera reconnu, pour autant évidemment qu'il le soit dans les cinq ans du don initial⁷¹.

Notons que la réserve n'est pas permise pour un « don exclu » fait à un donataire reconnu. De plus, le donateur perdra le bénéfice de la réserve si, au cours d'une année, il décède⁷², il cesse d'être résident canadien ou il devient exonéré d'impôt.

Voyons un exemple pour mieux comprendre ce que nous venons de voir relativement au don d'un titre non admissible et à propos du moment où il est reconnu dans le cas du décès du donateur⁷³.

⁶⁹ Par. 110.1(6) et 118.1(15) L.I.R.; art. 716.0.2 et 752.0.10.9 L.I.

⁷⁰ Par. 110.1(6) et 118.1(14) L.I.R.; art. 716.0.2 et 752.0.10.17 L.I.

⁷¹ Par. 40(1.01) L.I.R.; art. 234.1.1 L.I.

⁷² Al. 72(1)c) L.I.R.; art. 452 L.I.

⁷³ Exemple tiré de « Tax Policy Round Table », dans *Calu Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, juillet 1998, question 14.

Hypothèses de départ :

- M. Généreux est actionnaire unique de la compagnie LMN inc.
- M. Généreux détient toutes les actions ordinaires et privilégiées (non votantes) émises et en circulation de la compagnie LMN inc.
- M. Généreux décède et lègue :
 - les actions privilégiées à une œuvre de bienfaisance;
 - les actions ordinaires à ses héritiers.
- La succession de M. Généreux est ensuite liquidée.
- M. Généreux a-t-il droit à un crédit d'impôt pour le don fait par testament de ses actions privilégiées à l'œuvre de bienfaisance?

Traitement fiscal du don :

En premier lieu, le don n'est pas reconnu, car les actions privilégiées seraient des titres non admissibles; en effet, les actions privilégiées sont des actions du capital-actions d'une compagnie avec laquelle la succession du donateur, M. Généreux, a un lien de dépendance immédiatement après le moment du legs. La succession ayant pendant la durée de la liquidation successorale la saisine légale des actions, tant les ordinaires que les privilégiées, elle contrôle la compagnie et est donc liée à celle-ci.

Par contre, après la liquidation de la succession, les actions ordinaires auront été distribuées aux héritiers et les actions privilégiées cesseront d'être des titres non admissibles, parce que ni M. Généreux ni sa succession ne peuvent alors être considérés avoir un lien de dépendance avec LMN inc.

Pour autant que la liquidation de la succession ait lieu dans les cinq ans du décès de M. Généreux :

- le don sera reconnu;
- le don sera réputé fait dans l'année du décès de M. Généreux;
- le montant du don sera égal au moins élevé de :
 - la JVM des actions privilégiées à la date du décès de M. Généreux; et

- la JVM des actions privilégiées à la date où elles cessent d'être des titres non admissibles.

4.6. AUTO-PRÊTS

Dans la même ligne de pensée que celle ayant amené le législateur à élaborer le concept de « titre non admissible », le législateur a également conçu celui de l'« auto-prêts » ayant pour but d'éviter qu'un contribuable ne puisse à la fois réclamer un avantage fiscal par suite du don d'un bien à un donataire et continuer de bénéficier de l'utilisation de ce bien.

S'il y a « retour » au donateur, par le donataire, du bien qui lui a été donné par le donateur, l'avantage fiscal que pourra réclamer le donateur concernant cette donation sera réduit ou annulé comme il est vu ci-après.

Il sera considéré qu'il y a retour au donateur du bien donné si dans les cinq ans suivant le moment du don :

- le donataire détient un titre non admissible du donateur ou il l'a acquis cinq ans avant le don, mais après juillet 1997;
- lorsque le donateur et le donataire ont entre eux un lien de dépendance :
 - le donateur (ou toute personne ou société de personnes avec laquelle il a un lien de dépendance) utilise le bien du donataire, ou l'utilisait déjà cinq ans avant le don (mais après juillet 1997);
 - le bien n'a pas été utilisé dans le cadre des activités de bienfaisance du donataire⁷⁴.

La règle de l'auto-prêts empêche donc que sur une période de 10 ans, un donataire puisse à la fois recevoir un don et détenir un titre non admissible d'un même donateur. En effet, en plus de viser les cinq ans qui suivent le don, la règle de l'auto-prêts couvre également les cinq ans qui précèdent le don, en commençant après juillet 1997.

Dans le cas où la règle de l'auto-prêts s'applique, le montant du don d'origine est alors réduit rétroactivement :

⁷⁴ Par. 110.1(6) et 118.1(16) L.I.R.; art. 716.0.2 et 752.0.10.16 à 752.0.10.18 L.I.

- soit de la JVM du bien utilisé par le donateur ou par une personne ou société de personnes liée au donateur, ou
- soit de la JVM du bien non utilisé dans le cadre des activités de bienfaisance du donataire lié.

Si le donateur a fait plusieurs dons au même donataire, la réduction faisant suite à l'application de la règle de l'auto-prêts s'applique dans l'ordre suivant lequel ses dons ont été effectués, en commençant par les dons postérieurs à juillet 1997 (méthode « FIFO » : *first in, first out*).

Voyons l'exemple suivant pour mieux comprendre l'ordre d'application de la réduction d'un don dans le cas où la règle de l'auto-prêts s'applique :

- M. Généreux donne à un donataire : 5 000 \$ en 2002; 10 000 \$ en 2003; 15 000 \$ en 2004.
- En 2004, le donataire souscrit à 20 000 \$ d'actions privilégiées du capital-actions de la compagnie contrôlée par M. Généreux.
- M. Généreux verra ses dons réduits comme suit (rétroactivement le cas échéant) :

	Don à l'origine	Réduction	Don réduit à
2002 :	5 000 \$	- 5 000 \$	= 0 \$
2003 :	10 000 \$	- 10 000 \$	= 0 \$
2004 :	<u>15 000 \$</u>	<u>- 5 000 \$</u>	= 10 000 \$
	30 000 \$	- 20 000 \$	

CONCLUSION

Les pages qui précèdent nous permettent d'en arriver à la constatation suivante : ce n'est pas tout de donner, il faut savoir bien donner.

Un actionnaire dirigeant peut avoir un objectif bien précis en tête quant au montant du ou des biens qu'il entend donner à un organisme de bienfaisance, mais le simple fait de donner ce ou ces biens d'une façon plutôt qu'une autre peut donner des résultats différents du point de vue avantage fiscal entre les mains de l'actionnaire dirigeant.

Par exemple, nous avons vu qu'un don de titres cotés en Bourse à un organisme de bienfaisance était plus profitable qu'un don du montant en

argent correspondant au produit de la disposition des mêmes actions cotées en Bourse.

Aussi, si l'actionnaire dirigeant souhaite utiliser des actions qu'il détient dans une compagnie qu'il contrôle, ou encore une créance qu'il possède à l'encontre d'une telle compagnie, pour faire une donation à un organisme de bienfaisance, il devra faire attention aux règles relatives aux « titres non admissibles » qui pourraient avoir pour effet d'empêcher qu'un don ait lieu et de priver le donateur des allègements fiscaux dont il aurait autrement pu bénéficier par une donation équivalente en argent, tout en réalisant un gain en capital sur la disposition des titres non admissibles ainsi transférés à l'organisme de bienfaisance donataire.

Bref, le simple fait de donner un bien à un organisme de bienfaisance a été rejoint par la fiscalité et comme toute chose touchée par la fiscalité, voilà que cet acte philanthropique se retrouve noyé dans une complexité fiscale dont il est pratiquement impossible pour le contribuable non initié de saisir toutes les nuances.

Peut-être nous, fiscalistes, devrions-nous nous en réjouir. Voilà un nouveau champ de pratique qui s'offre à nous. Et vive les dons planifiés!

ANNEXE**Organismes de bienfaisance et organismes publics⁷⁵****1994**

- Abaissement du seuil à partir duquel les dons de bienfaisance donnent droit au crédit d'impôt de 29 %, pour le faire passer de 250 \$ à 200 \$.

1995

- Élimination du plafond de revenu pour le crédit d'impôt relatif aux dons de terres écosensibles.

1996

- Augmentation des plafonds ouvrant droit au crédit d'impôt pour les dons de bienfaisance, ceux-ci passant de 20 % à 50 % du revenu net, et à 100 % du revenu net l'année du décès et l'année précédente.
- Modifications permettant à la plupart des organismes de bienfaisance et des organismes publics d'amasser des fonds sans percevoir ni verser de TPS sur les ventes.
- Remboursement intégral de la TPS sur les livres achetés par les bibliothèques publiques, les établissements d'enseignement et autres organismes désignés.

1997

- Réduction de moitié du taux d'inclusion des gains en capital provenant du don, avant 2002, de certaines valeurs mobilières cotées en Bourse.
- Relèvement du plafond du revenu aux fins des dons, qui passe de 50 % à 75 %.

⁷⁵ Ce résumé des mesures prises pour atteindre des objectifs économiques et sociaux, accroître l'équité fiscale et améliorer la structure fiscale est tiré du *Plan budgétaire de 2004* déposé à la Chambre des communes par le ministre des Finances du Canada, l'honorable Ralph Goodale le 23 mars 2004 (sauf en ce qui a trait à l'année 2002, dont les mesures annoncées proviennent de notes techniques et non d'un plan budgétaire).

- Autorisation d'inclure 25 % de la récupération de la déduction pour amortissement pour les propriétés données dans le plafond du revenu net.
- Sanction d'une nouvelle méthode d'évaluation des servitudes de fonds de terres écosensibles.
- Simplification, aux fins de la TPS, des exigences en matière de comptabilité, de déclaration et de remise pour les organismes de bienfaisance.

1998

- Augmentation des indemnités non imposables allouées aux bénévoles de services d'urgence.
- Possibilité pour les organismes de bienfaisance désignés de traiter certains services qu'ils rendent à des entreprises clientes comme des services taxables aux fins de la TPS/TVQ, leur permettant ainsi de concurrencer sur un pied d'égalité d'autres fournisseurs.

2000

- Réduction de l'impôt sur les avantages au titre des dons d'actions acquises dans le cadre d'une option d'achat d'actions, de manière à assurer un traitement équivalent à celui des dons de certaines actions de sociétés cotées en Bourse.
- Élargissement de l'admissibilité au crédit pour dons de bienfaisance pour qu'il englobe les dons d'un REÉR, d'un FERR et du produit d'une assurance vie au moyen d'une désignation directe de bénéficiaire.
- Réduction de moitié du montant à inclure dans le calcul du revenu au titre des gains en capital résultant de dons de fonds de terres écosensibles et des conventions et servitudes visant ces fonds de terres.

2001

- Proposition visant à rendre permanente la mesure de 1997 prévoyant le taux d'inclusion de moitié sur les gains en capital découlant de dons de certaines actions de sociétés cotées en Bourse à des organismes de bienfaisance publics.

2002

- Notes techniques du 20 décembre 2002 annonçant l'adoption prochaine de nouvelles mesures permettant de reconnaître l'existence du don d'un bien même si le donateur reçoit du donataire un avantage quelconque en contrepartie partielle du bien donné. Nouvelle notion du « montant admissible » d'un don.

2003

- Bonification, à compter du 1^{er} janvier 2004, du crédit d'impôt pour contributions politiques, qui passe de 75 % de la première tranche de 200 \$ de contributions à 75 % de la première tranche de 400 \$.
- Extension des exigences d'enregistrement des abris fiscaux aux arrangements relatifs aux crédits d'impôt.
- Proposition visant à limiter l'application des avantages fiscaux propres aux dons de bienfaisance effectués notamment aux termes d'arrangements régissant des abris fiscaux.

2004

- Réponse aux recommandations de la Table conjointe sur le cadre réglementaire de l'Initiative du secteur bénévole par la proposition, quant aux règles régissant les organismes de bienfaisance enregistrés, d'un nouveau régime d'observation, d'un mécanisme d'appel plus accessible, et d'une transparence accrue et d'un meilleur accès à l'information.
- Proposition visant à améliorer les règles relatives au contingent des versements pour accorder aux organismes de bienfaisance plus de latitude dans la gestion des dons reçus et pour veiller à ce qu'une proportion adéquate des dons et des actifs des organismes de bienfaisance qui donnent droit à une aide fiscale soit consacrée à des programmes et à des services de bienfaisance.
- Le remboursement de la TPS et du volet fédéral de la TVH à l'intention des municipalités sera majoré pour passer de 57,14 % à 100 %.

LA PLANIFICATION POST MORTEM DES ACTIONNAIRES DIRIGEANTS



Sophie Bélanger

Notaire, M. Fisc.

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

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	4:3
1. LA PROBLÉMATIQUE DE DOUBLE IMPOSITION	4:4
2. LES CONSIDÉRATIONS NON FISCALES	4:5
2.1. LA PERCEPTION DES HÉRITIERS	4:5
2.2. LES POUVOIRS ET LES DEVOIRS DES LIQUIDATEURS	4:5
2.3. LES INTÉRÊTS DES AUTRES ACTIONNAIRES.....	4:6
3. LES CONSIDÉRATIONS FISCALES RELIÉES À L'OBJECTIF D'ÉLIMINER LA DOUBLE IMPOSITION.....	4:7
3.1. LES HÉRITIERS PRÉVOIENT VENDRE LES ACTIONS DE LA SOCIÉTÉ DANS UN AVENIR RAPPROCHÉ.....	4:7
3.2. LES HÉRITIERS ONT L'INTENTION DE LIQUIDER LA SOCIÉTÉ	4:8

3.3.	LES HÉRITIERS ONT L'INTENTION DE CONTINUER À DÉTENIR LES ACTIFS PAR LE BIAIS DE LA SOCIÉTÉ.....	4:10
4.	L'ANALYSE DES DISPOSITIONS FISCALES.....	4:13
4.1.	LE PARAGRAPHE 164(6) L.I.R.	4:13
4.2.	L'ALINÉA 88(1D) L.I.R.	4:15
4.2.1.	Exemple d'application de la majoration du PBR.....	4:16
4.2.2.	Les conditions d'application des paragraphes 88(1) et 87(11) L.I.R.	4:17
4.2.3.	Les conditions d'application permettant la majoration de l'alinéa 88(1)d) L.I.R.	4:20
4.2.4.	Calcul de la majoration de l'alinéa 88(1)d) L.I.R.	4:28
5.	LES RÈGLES SUR LA MINIMISATION DES PERTES ENTRE PERSONNES AFFILIÉES (PAR. 40(3.6) L.I.R.).....	4:28
5.1.	EXPLICATION DE LA RÈGLE	4:29
5.2.	APPLICATION DE LA RÈGLE AVANT LES PROPOSITIONS LÉGISLATIVES	4:29
5.3.	APPLICATION DE LA RÈGLE À LA SUITE DES PROPOSITIONS LÉGISLATIVES	4:30
5.4.	PLANIFICATION POUR ÉVITER L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 40(3.6) L.I.R.	4:32
6.	LE PARAGRAPHE 112(3.2) L.I.R.....	4:33
7.	LA PLANIFICATION TESTAMENTAIRE.....	4:33
	CONCLUSION	4:34
	ANNEXE 1	4:36

INTRODUCTION*

Le décès de l'actionnaire dirigeant d'une société privée peut entraîner des conséquences plus ou moins importantes tout dépendant du type d'entreprise, des personnes impliquées dans l'entreprise, de la valeur de l'entreprise au moment du décès et de l'absence ou de la présence d'une planification testamentaire. La facture d'impôt découlant du décès d'un actionnaire est sans contredit un facteur majeur d'une saine survie de l'entreprise et peut modifier de manière significative les ressources financières disponibles aux héritiers.

Certaines règles fiscales peuvent nous aider à diminuer le fardeau fiscal découlant du décès d'un actionnaire dirigeant. Bien que le titre du présent texte fasse référence à la planification *post mortem*, les règles en cause doivent souvent être examinées dans un cadre de planification testamentaire et successorale. En évaluant les conséquences fiscales qui seront engendrées par un décès et en examinant les planifications disponibles sur une base *post mortem*, il est alors possible de mettre en place les structures et les legs testamentaires qui permettront de rendre réalisables les planifications *post mortem* envisagées, le tout en harmonie avec les volontés du testateur.

Dans le présent texte, nous examinons d'abord les considérations non fiscales pouvant influencer la planification *post mortem* d'un individu. Nous abordons ensuite les considérations fiscales reliées à l'objectif de diminuer le risque de double imposition pour ensuite examiner plus en détail les dispositions du paragraphe 164(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹, de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. et du paragraphe 40(3.6) L.I.R. La dernière partie de ce texte rappelle les points importants à considérer dans le cadre d'une planification testamentaire, compte tenu de la planification *post mortem* envisagée.

Dans le cadre du présent texte, nous nous concentrons sur la planification *post mortem* d'un individu résident du Canada qui détient des actions d'une société privée au moment de son décès. La société peut être une entreprise familiale ou une société détenant des placements. Le défunt

* L'auteure remercie Martin LeBlanc, CGA, M. Fisc., et Caroline Monette, CA, pour leurs conseils et leur assistance dans la préparation de ce texte.

¹ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »). À moins d'indication contraire, les références à la *Loi de l'impôt sur le revenu* incluent les références aux articles concordants de la *Loi sur les impôts* du Québec, L.R.Q., c. I-3 et mod.

peut être le seul actionnaire de la société ou être un actionnaire parmi plusieurs autres. Les commentaires qui suivent prennent pour hypothèse que les biens possédés par le défunt sont tous situés au Canada.

1. LA PROBLÉMATIQUE DE DOUBLE IMPOSITION

Rappelons brièvement que le décès d'un contribuable entraîne pour ce dernier la disposition réputée de chacune de ses immobilisations, pour un produit de disposition égal à leur juste valeur marchande (ci-après « JVM ») immédiatement avant le décès². Ainsi, le décès de l'actionnaire dirigeant, sous réserve de legs permettant un report de l'impôt au décès³, entraînera la disposition réputée des actions qu'il détient dans la société et l'obligation de payer un impôt sur la plus-value accumulée sur ces actions.

La valeur des actions de l'actionnaire dirigeant est bien entendu reliée à la valeur des actifs de la société ou de l'entreprise exploitée par celle-ci. Alors que la disposition réputée au décès en vertu du paragraphe 70(5) L.I.R. fait en sorte que la succession de l'actionnaire dirigeant détiendra par la suite des actions ayant un prix de base rajusté (ci-après « PBR ») égal à la valeur des actions au décès, aucun ajustement sous-jacent n'est effectué pour les actifs de la société. Ainsi, si la société dispose d'actifs à la suite du décès, elle devra payer un impôt sur la plus-value accumulée sur ces derniers. Nous nous retrouvons alors à payer deux fois l'impôt sur une même plus-value.

Si à la suite du décès les actions du défunt étaient disposées en faveur d'un tiers, la double imposition serait alors évitée, compte tenu que le coût des actions est alors égal à leur JVM. La charge fiscale serait alors transférée à l'acquéreur. Toutefois, dans le cadre d'une société de gestion ou d'une société détenant des placements, la possibilité de vendre les actions à un tiers est souvent utopique.

² Par. 70(5) L.I.R.

³ Par exemple, tout legs effectué en faveur de l'époux ou du conjoint de fait ou d'une fiducie créée pour son bénéfice exclusif permet de réaliser un roulement fiscal, c'est-à-dire que le défunt est alors réputé avoir disposé des biens visés par le legs pour un produit de disposition égal au coût du bien pour ce dernier immédiatement avant le décès. L'époux ou le conjoint de fait est, de son côté, réputé avoir acquis le bien à ce même coût, reportant ainsi l'imposition de la plus-value au moment de la disposition réelle du bien ou, au plus tard, au décès de l'époux ou du conjoint de fait.

2. LES CONSIDÉRATIONS NON FISCALES

La planification testamentaire et *post mortem* d'un actionnaire se doit de tenir compte des diverses personnes qui gravitent autour de l'actionnaire.

2.1. LA PERCEPTION DES HÉRITIERS

À moins qu'ils ne soient eux-mêmes impliqués dans l'entreprise, les héritiers seront peu intéressés par toutes les questions de minimisation de l'impôt corporatif. En effet, leur préoccupation se limite uniquement à maximiser la valeur des biens qui leur seront distribués par la succession. De plus, ils seront peut-être sentimentaux face à certains biens, refusant ainsi la liquidation d'une société ou la vente d'un actif particulier.

Par ailleurs, si l'un des héritiers est le liquidateur de la succession, les autres ressentiront peut-être certaines frustrations ou une méfiance à son égard, n'étant pas assurés de son impartialité.

Afin d'éviter ces nombreux problèmes pouvant être une source de conflits familiaux importants et pouvant à la rigueur empêcher la réalisation de la planification *post mortem* envisagée, il pourrait être important voire nécessaire d'impliquer les héritiers dans le processus de planification testamentaire et *post mortem*. Si l'actionnaire dirigeant leur explique de son vivant ses volontés et les problématiques auxquelles il fait face, les héritiers seront en mesure de comprendre et d'accepter toutes les interventions nécessaires, une fois le décès de l'actionnaire. S'ils ont en plus été impliqués dans le processus décisionnel de la planification à mettre en place, les risques de conflits après le décès s'en trouveront diminués.

2.2. LES POUVOIRS ET LES DEVOIRS DES LIQUIDATEURS

Aux termes de l'article 802 du *Code civil du Québec*⁴, le liquidateur agit à l'égard des biens de la succession à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la simple administration. Les articles relatifs à la simple administration du bien d'autrui stipulent ce qui suit :

« Article 1301. Celui qui est chargé de la simple administration doit faire tous les actes nécessaires à la conservation du bien ou ceux qui sont utiles pour maintenir l'usage auquel le bien est normalement destiné. »

⁴ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

« Article 1303. L'administrateur doit continuer l'utilisation ou l'exploitation du bien qui produit des fruits et revenus, sans en changer la destination, à moins d'y être autorisé par le bénéficiaire ou, en cas d'empêchement, par le tribunal. »

« Article 1304. L'administrateur est tenu de placer les sommes d'argent qu'il administre, conformément aux règles du présent titre relatives aux placements présumés surs.

Il peut modifier les placements fait avant son entrée en fonction ou ceux qu'il a fait. »

« Article 1305. L'administrateur peut, avec l'autorisation du bénéficiaire ou, si celui-ci est empêché, avec celle du tribunal, aliéner le bien à titre onéreux ou le grever d'une hypothèque, lorsque cela est nécessaire pour payer les dettes, maintenir l'usage auquel le bien est normalement destiné ou conserver la valeur.

Il peut, toutefois, aliéner seul un bien susceptible de se déprécier rapidement ou de dépérir. »

Nous pouvons constater que les pouvoirs du liquidateur à l'égard des biens de la succession sont à la base très limités. La minimisation des impôts au décès ne fait d'ailleurs pas partie de ses responsabilités. Afin de permettre au liquidateur de réaliser toute planification *post mortem* alors avantageuse, des pouvoirs à cet effet devront lui être accordés dans le testament. Afin de justifier les agissements du liquidateur face aux bénéficiaires de la succession, d'autant plus s'il est lui-même un bénéficiaire de la succession, et ainsi d'éviter autant que possible des conflits, il serait important que le testament précise les objectifs et les buts qui doivent guider le liquidateur dans l'administration des biens de la succession.

2.3. LES INTÉRÊTS DES AUTRES ACTIONNAIRES

Alors que les héritiers auront comme volonté de maximiser les biens qu'ils recevront de la succession, les actionnaires survivants auront eux le désir de maximiser leur propre valeur (augmentation du PBR des actifs de la société, maximisation du solde des comptes fiscaux : compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »), impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD »)).

Si l'intérêt des héritiers entre en contradiction avec celui des actionnaires survivants, il peut arriver que certaines techniques de minimisation des impôts soient inaccessibles, l'accord des différents intervenants étant impossible à obtenir.

Nous pouvons constater ici l'importance de discuter de planification *post mortem* avant le décès et de voir à y impliquer toutes les parties concernées afin de bien faire comprendre les volontés et les intentions de chacun, de négocier les points litigieux et d'obtenir la coopération de tous.

3. LES CONSIDÉRATIONS FISCALES RELIÉES À L'OBJECTIF D'ÉLIMINER LA DOUBLE IMPOSITION

Afin de réaliser l'objectif d'éliminer la double imposition à la suite d'un décès, le paragraphe 164(6) L.I.R. et l'alinéa 88(1)d) L.I.R. sont les dispositions à examiner.

Le paragraphe 164(6) L.I.R. est la disposition qui permet de reporter une perte en capital subie par la succession au cours de sa première année d'imposition à la déclaration de revenus finale du défunt, diminuant et pouvant même éliminer le gain en capital alors imposable. Par ailleurs, l'alinéa 88(1)d) L.I.R. permet, dans le cadre de la liquidation d'une société ou de la fusion de sociétés, d'augmenter le coût de certains actifs détenus par la société liquidée d'un montant égal au gain en capital imposé dans la déclaration de revenus finale du défunt.

Face à la situation d'un actionnaire dirigeant d'une société privée, les actions posées en vue de l'élimination de la double imposition peuvent prendre diverses formes. Le choix de la planification à privilégier dépend de plusieurs facteurs et sera influencé par les paragraphes 40(3.6) et 112(3.2) L.I.R. dont nous discutons aux sections 5. et 6.

3.1. LES HÉRITIERS PRÉVOIENT VENDRE LES ACTIONS DE LA SOCIÉTÉ DANS UN AVENIR RAPPROCHÉ

Si les héritiers ont l'intention de se départir des actions de la société en faveur d'un tiers, aucune planification particulière ne sera nécessaire. En conséquence de la disposition réputée des actions au niveau du défunt, la succession a acquis les actions pour un PBR égal à leur valeur marchande au moment du décès. Si la valeur des actions n'augmente pas entre le décès et le moment de la disposition, la vente des actions n'entraînera aucun impact fiscal supplémentaire pour la succession et les héritiers autre que le gain en capital imposable dans la déclaration de revenus finale du défunt.

3.2. LES HÉRITIERS ONT L'INTENTION DE LIQUIDER LA SOCIÉTÉ

La liquidation de la société⁵ par la succession ou les héritiers va entraîner une perte en capital comme le démontre l'exemple qui suit. Prenons comme hypothèse que l'actionnaire dirigeant détenait au moment de son décès la totalité des actions d'une société de placement dont la valeur marchande au moment du décès était de 1 000 001 \$ et dont le capital versé et le PBR des actions étaient de 1 \$.

Dividende de liquidation

Montant net à distribuer	1 000 001 \$
Moins capital versé	(1)

Dividende réputé	<u>1 000 000 \$</u>

Gain (perte) en capital sur disposition des actions dans le cadre de la liquidation de la société

Produit de disposition	1 000 001 \$
Moins dividende réputé	(1 000 000 \$)

Produit de disposition ajusté	1 \$

Moins PBR	(1 000 001 \$) ⁶

Perte en capital	<u>(1 000 000 \$)</u>

Sans planification particulière, le décès d'un actionnaire suivi de la liquidation de la société entraîne un impôt sur gain en capital dans la déclaration de revenus finale du défunt, un impôt sur dividende pour la

⁵ En vertu du paragraphe 88(2) L.I.R.

⁶ Compte tenu de la disposition réputée des actions au décès, le PBR des actions acquises par la succession est égal à la JVM des actions au moment du décès.

succession ou les héritiers et la réalisation d'une perte en capital pour ces mêmes personnes. Si la société a en plus disposé de certains actifs avant d'être liquidée, un impôt a pu être généré au niveau de cette dernière. Ainsi, la plus-value des actifs de la société sera imposée deux fois et parfois même trois fois, soit une fois au niveau de l'actionnaire décédé, une deuxième fois au niveau de la société et une troisième fois au niveau de la succession ou des héritiers.

Lorsqu'il est de l'intention de la succession ou des héritiers de liquider la société, la liquidation devrait être effectuée au niveau de la succession durant sa première année d'imposition afin de pouvoir utiliser le paragraphe 164(6) L.I.R. et ainsi reporter la perte en capital réalisée par la succession à l'encontre du gain en capital réalisé par le défunt à l'année d'imposition de son décès. Comme nous pouvons le constater à l'exemple présenté à l'annexe 1, l'impôt combiné succession/société qui sera payable en conséquence de la liquidation sera de 1,7 % supérieur (258 147 \$) à celui payé sur le gain en capital par le défunt (241 100 \$). Par contre, le report de la perte en capital en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R. permettra d'éviter une facture d'impôt totale de 499 247 \$ (241 100 \$ + 258 147 \$) et, du même coup, la double imposition des actifs.

Si la société détient des immobilisations⁷ non amortissables, l'application de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. pourrait être une solution de rechange au paragraphe 164(6) L.I.R. Sous réserve de plusieurs conditions dont nous discutons à la section 4., l'alinéa 88(1)d) L.I.R. peut permettre d'augmenter le PBR de certains actifs de la société liquidée, permettant par la suite de distribuer aux actionnaires des biens ou de leur racheter des actions, sans impact fiscal, jusqu'à concurrence de la valeur marchande des biens au moment du décès. L'impôt payable en conséquence du décès de l'actionnaire et de la liquidation de la société se limite alors à l'impôt sur le gain en capital dans les déclarations de revenus du défunt. Ainsi, lorsque l'intention des héritiers est de liquider la société à court terme, compte tenu des taux d'imposition actuels, une planification *post mortem* utilisant l'alinéa 88(1)d) L.I.R. plutôt que le paragraphe 164(6) L.I.R. permettra de payer 1,7 % moins d'impôt si la majoration du coût des biens a pu être réalisée.

⁷ Les immobilisations d'un contribuable sont tous les biens amortissables du contribuable et tous les biens (autres que des biens amortissables) dont la disposition se traduirait pour le contribuable par un gain ou une perte en capital, art. 54 « immobilisations » L.I.R.

Toutefois, la liquidation de la société n'est pas toujours possible, surtout si nous sommes en présence d'une société exploitant une entreprise, entreprise que les héritiers désirent continuer d'exploiter.

3.3. LES HÉRITIERS ONT L'INTENTION DE CONTINUER À DÉTENIR LES ACTIFS PAR LE BIAIS DE LA SOCIÉTÉ

Lorsque la succession ou les héritiers ont décidé de continuer à détenir les actifs par l'entremise de la société, il faut examiner les actions à poser en vue de réduire autant que possible les risques de double imposition potentielle. Le choix d'utiliser le paragraphe 164(6) L.I.R. ou l'alinéa 88(1)d) L.I.R., ou encore une combinaison de ces deux dispositions, dépendra alors du type d'actifs détenus par la société, du gain accumulé sur ces actifs et du solde des différents comptes fiscaux (IMRTD, CDC, etc.) au moment du décès.

Les lignes qui suivent présentent l'ordre séquentiel des questions et des points à examiner afin de déterminer les gestes appropriés à poser⁸.

1) Solde d'IMRTD

À l'heure actuelle au Québec, comme dans plusieurs autres provinces canadiennes, le taux de remboursement d'impôt au titre de dividende qu'une société récupère sur les dividendes payés à ses actionnaires (33,3 %) est supérieur au taux d'imposition marginal maximum payé par ces derniers sur le dividende (32,82 %). Ainsi, si nous examinons l'impôt total payable par le défunt, la succession et la société, il sera toujours préférable de payer un dividende imposable et de générer un remboursement d'impôt au niveau de la société que de payer un dividende en capital non imposable et de laisser un solde d'IMRTD au niveau de la société.

En conséquence, s'il existe un solde d'IMRTD dans la société à la suite du décès, il pourrait être approprié de voir à racheter, au cours de la première année d'imposition de la succession, un nombre suffisant d'actions permettant d'un côté à la société de récupérer de l'IMRTD et de l'autre, d'éliminer ou de réduire le gain en capital réalisé par le défunt en utilisant le paragraphe 164(6) L.I.R. pour reporter la perte réalisée par la succession à la

⁸ La partie qui suit est largement inspirée du texte de Jim BARNETT, Peter EVERETT, Chris IRELAND et Shelagh RINALD, « Post Mortem Planning for Private Company Shares : The New Regime », dans *2003 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004, pp. 32:10-14.

suite du rachat des actions. Cette planification permet de s'assurer que la perte en capital qui serait réalisée par les héritiers dans le cas d'un rachat d'actions ou d'une liquidation subséquente pourra effectivement être utilisée.

Il faut toutefois être conscient que si les héritiers de la succession ne sont pas également les actionnaires des actions participantes de la société, ils seront plus intéressés à recevoir des dividendes non imposables provenant du CDC que des dividendes imposables. En effet, n'étant pas des actionnaires participants de la société, ils ne bénéficieront pas ultimement du remboursement d'impôt obtenu par la société sur son IMRTD.

Si le paragraphe 40(3.6) L.I.R. dont nous discutons à la section 5. ne permet pas une utilisation efficace du paragraphe 164(6) L.I.R., l'augmentation du PBR des actifs de la société en vertu de l'alinéa 88(1)d) L.I.R. devra être envisagée.

2) Utilisation du CDC

Si après avoir récupéré tout le solde d'IMRTD et reporté la perte en capital réalisée à la suite du rachat des actions il reste encore un solde de gain en capital dans les déclarations de revenus du défunt, il faudrait examiner la possibilité d'utiliser le CDC afin de racheter d'autres actions de la succession de manière à créer de nouveau une perte en capital pouvant être reportée à l'encontre du gain en capital réalisé par le défunt. La déclaration d'un dividende provenant du CDC devra se faire en respectant les particularités du paragraphe 112(3.2) L.I.R. afin d'éviter que la perte en capital réalisée par la succession ne soit réduite. Nous expliquons brièvement le fonctionnement du paragraphe 112(3.2) L.I.R. à la section 6.

Toute planification fiscale *post mortem* se doit de respecter et de tenir compte des intérêts concurrents des divers actionnaires de la société. Ainsi, l'utilisation du CDC en vue de racheter des actions de la société détenues par la succession devra également être envisagée dans les cas où il y a un solde d'IMRTD et que les bénéficiaires de la succession ne sont pas également les actionnaires d'actions participantes de la société et donc ne bénéficieront pas ultimement de tout remboursement d'impôt de la société.

Si la situation de la société permet d'annuler entièrement le gain en capital réalisé dans les déclarations de revenus du défunt par l'utilisation de l'IMRTD et du CDC, les actionnaires se retrouveront alors dans la même position que si la société avait été liquidée à la suite du décès.

3) Augmentation du PBR des actifs de la société

Si malgré les planifications présentées aux points 1) et 2) la perte en capital réalisée par la succession n'est pas suffisante pour annuler entièrement le gain en capital réalisé par le défunt, par exemple à cause d'une réduction de la perte en capital disponible engendrée par le paragraphe 112(3.2) L.I.R., l'utilisation de l'alinéa 88(1d) L.I.R. en vue d'augmenter le PBR des actifs de la société devrait être envisagée. La majoration de l'alinéa 88(1d) L.I.R. est examinée à la section 4.2.

4) Accélérer la vente des actifs de la société

Si malgré les possibilités présentées ci-dessus la succession, les héritiers et la société font encore face à des problèmes de double imposition, la société pourrait envisager de vendre certains de ses actifs. La vente des actifs lui générera un nouveau solde d'IMRTD et de CDC, lui permettant ainsi de racheter des actions supplémentaires de la succession. La perte en capital réalisée par la succession en conséquence du rachat pourra par la suite être reportée à la déclaration de revenus finale du défunt en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R. afin d'éliminer entièrement le gain en capital réalisé en conséquence du décès. Rappelons que le report des pertes réalisées par la succession en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R. n'est possible que pour les pertes réalisées au cours de la première année d'imposition de la succession.

Si la société ne désire pas perdre le contrôle sur les actifs en question, ceux-ci pourraient être vendus à une autre société contrôlée par la succession. Le PBR des actifs pour la société acheteuse sera égal au produit de disposition de ces derniers, soit leur JVM⁹. Par ailleurs, n'oublions pas que la vente d'actifs par la société entraînera la réalisation d'un gain et, par conséquent, un impôt supplémentaire pour cette dernière. La décision de mettre en place cette planification devra donc se faire en évaluant les impacts pour toutes les parties impliquées afin de déterminer le résultat global des transactions effectuées.

5) Disposition des actions contre un billet payable à demande

Finalement, si après les diverses possibilités présentées aux points 1), 2), 3) et 4) les risques de double imposition sont encore présents, la succession

⁹ Sous réserve de l'alinéa 13(7)e) L.I.R.

ou les héritiers pourraient envisager, sous réserve de l'article 84.1 L.I.R.¹⁰, de disposer sur une base de roulement, à une nouvelle société dont ils ont également le contrôle, les actions restantes, le tout en échange d'un billet payable à demande. Bien que ne permettant pas de régler le problème de double imposition, cette transaction donnera la possibilité à la succession et aux héritiers de recevoir de la société, libre d'impôt, la valeur afférente aux actions restantes.

Dans le cadre de la détermination de la planification la plus avantageuse pour un client, l'impact de l'impôt de la Partie VI.1 L.I.R. devra être examiné. Cet impôt pourrait être applicable face aux dividendes imposables reçus par la succession.

4. L'ANALYSE DES DISPOSITIONS FISCALES

4.1. LE PARAGRAPHE 164(6) L.I.R.

Tel qu'il a été expliqué auparavant, le paragraphe 164(6) L.I.R. permet de reporter à la déclaration de revenus finale d'un défunt le montant d'une perte en capital ou d'une perte finale subie par une succession au cours de sa première année d'imposition. Ainsi, aux termes de l'alinéa 164(6)c) L.I.R., le montant choisi par le liquidateur de la succession selon les modalités et dans les délais prescrits¹¹ sera réputé être une perte du contribuable décédé

¹⁰ Lorsqu'un contribuable qui réside au Canada (à l'exclusion d'une société) dispose d'actions d'une catégorie du capital-actions d'une société qui réside au Canada en faveur d'une autre société avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance et que, immédiatement après la disposition, la société dont les actions ont été négociées est rattachée à l'acheteur, le paragraphe 84.1(1) L.I.R. peut faire en sorte de réduire le capital versé des actions de l'acheteur qui ont été émises en contrepartie, lorsqu'une partie du PBR provient de la valeur au jour de l'évaluation ou résulte d'une demande d'exonération pour gain en capital.

¹¹ Le délai pour produire le choix prévu au paragraphe 164(6) L.I.R. et les documents relatifs au choix est au plus tard le jour qui est postérieur :

- a) au dernier jour prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour l'envoi d'une déclaration que le représentant légal d'un contribuable décédé est tenu ou a choisi de produire en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'égard du revenu du contribuable décédé pour l'année d'imposition au cours de laquelle il est décédé; ou
- b) au jour où la déclaration du revenu, pour la première année d'imposition, de la succession du contribuable décédé doit être adressée en vertu de l'alinéa 150(1)c) L.I.R. *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »), par. 1000(2). Une demande peut toutefois être présentée en vue de proroger le délai pour faire le choix. Par. 220(3.2) L.I.R. et art. 600 R.I.R.

résultant de la disposition des biens par celui-ci au cours de sa dernière année d'imposition, et non une perte de la succession résultant de la disposition de ces biens.

Dans le cadre de la planification *post mortem* d'un actionnaire dirigeant, il ne faut pas oublier que le montant de perte disponible pour le report est le montant de perte en capital nette de la succession pour sa première année d'imposition. Ainsi, si la succession réalise un gain en capital sur d'autres biens du défunt (disposition d'une résidence secondaire ou de placements qui étaient détenus personnellement par le défunt et qui auraient pris de la valeur depuis le décès) au cours de sa première année d'existence, la perte en capital qui sera réalisée par un rachat des actions de la succession se verra réduite du montant du gain en capital réalisé sur les autres actifs.

Par ailleurs, le liquidateur de la succession n'a pas l'obligation de faire le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. à l'égard de la totalité de la perte subie par la succession. Ainsi, si la succession réalise une perte en capital de 100 000 \$, le liquidateur peut faire le choix de ne reporter que 50 000 \$ à la déclaration de revenus du défunt.

Le montant de perte en capital qui fera l'objet du choix du paragraphe 164(6) L.I.R. ne pourra pas être reporté à l'encontre des revenus gagnés au cours d'années d'imposition antérieures à celle du décès¹². Par contre, si le gain en capital réalisé par le défunt n'est pas suffisant pour permettre la déduction de toute la perte en capital réalisée par la succession et qui a été reportée dans la déclaration de revenus du défunt en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R., l'excédent de la perte en capital pourra être déduit à l'encontre des autres revenus du défunt pour l'année d'imposition au cours de laquelle il est décédé¹³.

Il ne faut également pas oublier que le report de perte du paragraphe 164(6) L.I.R. n'est disponible que pour les pertes réalisées par **une succession** au cours de sa première année d'imposition. Ce report de perte n'est pas disponible pour les pertes réalisées par une fiducie en faveur du conjoint, une fiducie en faveur de soi-même ou une fiducie mixte au profit du conjoint.

¹² Al. 164(6)f) L.I.R. et *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2004-0056681E5, 25 février 2004.

¹³ Par. 111(2) L.I.R. et *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 12, interprétation technique 9431525, 23 juin 1995.

Dans toute planification *post mortem* envisageant le report du paragraphe 164(6) L.I.R., les dispositions des paragraphes 40(3.6) et 112(3.2) L.I.R. devront être examinées. Comme nous le verrons aux sections 5. et 6., le paragraphe 40(3.6) L.I.R. peut avoir pour effet de réputer nulle la perte subie par la succession alors que le paragraphe 112(3.2) L.I.R. peut avoir pour effet de réduire le montant de perte disponible pour un report.

Tel qu'il a été examiné à la section 3., compte tenu des taux d'imposition actuels du gain en capital et du dividende, l'utilisation du paragraphe 164(6) L.I.R. dans un contexte où la société n'a aucun solde d'IMRTD et de CDC aura pour effet d'augmenter le coût d'impôt de 1,7 %. Toutefois, cette augmentation immédiate de la facture fiscale se justifie peut-être dans un but d'éviter une double imposition des actifs de la société qui serait encore plus onéreuse. Si les soldes d'IMRTD et de CDC sont suffisants, l'utilisation du paragraphe 164(6) L.I.R. permettra de minimiser l'impôt total qui sera payable par le défunt, la succession et les héritiers, tout en réglant le problème de double imposition. Si les soldes d'IMRTD et de CDC sont insuffisants et que nous ne désirons pas augmenter la facture fiscale immédiate, il y aura lieu d'examiner la possibilité d'augmenter le PBR des actifs par le biais de l'alinéa 88(1)d) L.I.R.

4.2. L'ALINÉA 88(1)d) L.I.R.

L'alinéa 88(1)c) L.I.R. est la disposition qui établit le calcul du coût des biens acquis par la société mère dans le cadre d'une liquidation en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R. ou par la société issue d'une fusion dans le cadre d'une fusion de sociétés en vertu du paragraphe 87(11) L.I.R.¹⁴ Cet alinéa indique que le coût de certains biens pourra être majoré d'un montant déterminé dont le calcul est détaillé à l'alinéa 88(1)d) L.I.R. Nous n'avons pas l'intention, aux termes du présent texte, d'examiner en détail toutes les conditions d'application des paragraphes 88(1) et 87(11) L.I.R. Nous vous référons à cet effet à des textes qui ont par le passé été écrits à ce sujet¹⁵. Ainsi, dans les pages qui suivent, après avoir examiné un exemple de planification intégrant la majoration du PBR des actifs d'une société en vertu de l'alinéa 88(1)d) L.I.R., nous identifions rapidement les différentes

¹⁴ Al. 87(11)b) L.I.R.

¹⁵ François AUGER, « Fusion ou liquidation », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 4:1-50; Camil VACHON, « Regroupement d'entreprises – Majoration du coût fiscal des biens », (2002), vol. 23, n° 1 *Revue de planification fiscale et successorale* 177-196.

conditions qui doivent être remplies pour pouvoir profiter de la majoration de l'alinéa 88(1)d) L.I.R.

4.2.1. Exemple d'application de la majoration du PBR

Reprenons notre exemple précédent de l'actionnaire dirigeant qui au moment de son décès détient la totalité des actions d'une société de placement ayant alors une JVM de 1 000 001 \$ et un PBR et un capital versé de 1 \$. Le décès de l'actionnaire dirigeant entraîne pour ce dernier la disposition réputée de ses actions de la société de placement. Un gain en capital de 1 M\$ sera donc inclus dans les déclarations de revenus de l'actionnaire dirigeant pour l'année de son décès, représentant un impôt à payer de l'ordre de 241 100 \$. À la suite du décès, la succession est maintenant la propriétaire des actions de la société de placement. Compte tenu de la disposition réputée engendrée par le décès, le coût des actions pour la succession est de 1 000 001 \$, le capital versé étant toujours de 1 \$. La succession crée par la suite une nouvelle société, ci-après désignée comme étant la société mère. La succession transfère ensuite les actions de la société de placement à la société mère. Le PBR des actions de la société de placement pour la succession étant alors égal à la juste valeur des actions au moment du décès (1 000 001 \$), la contrepartie payée par la société mère pour les actions de la société de placement peut être effectuée de deux manières.

La société mère peut émettre des actions de son capital-actions comme contrepartie. Le choix fiscal du paragraphe 85(1) L.I.R. sera alors présenté pour une somme convenue de 1 000 001 \$. Le capital versé des actions de la société mère émises à la succession sera de 1 000 001 \$¹⁶, sous réserve qu'aucune partie du PBR n'ait été établie selon la valeur au jour de l'évaluation et qu'il ne résulte pas d'une demande d'exonération pour gain en capital¹⁷. Le PBR pour la succession des actions de la société mère reçues dans le cadre de l'échange sera égal au PBR des actions qu'elle détenait dans la société de placement, soit 1 000 001 \$.

La contrepartie donnée par la société mère pourrait également être constituée d'un billet payable à demande d'une valeur de 1 000 001 \$. Si la JVM des actions de la société de placement a augmenté depuis le décès de l'actionnaire dirigeant, la contrepartie pourrait être une combinaison du billet

¹⁶ En vertu du paragraphe 84.1(1) L.I.R.

¹⁷ Par. 84.1(1) et 84.1(2) L.I.R.

payable à demande et d'actions. Par exemple, si les actions de la société de placement valent maintenant 1 500 001 \$, la société mère donnerait à la succession un billet payable à demande d'une valeur de 1 000 001 \$ et elle émettrait des actions de son capital-actions ayant une valeur de rachat de 500 000 \$. Le choix fiscal du paragraphe 85(1) L.I.R. devrait alors être produit relativement à cet échange d'actions afin qu'il s'effectue sur une base de roulement et qu'aucun gain en capital ne soit généré par la transaction. Compte tenu de la valeur du billet payable à demande remis à la succession, le capital versé et le PBR des actions de la société mère émises en contrepartie seraient alors nominaux.

Par la suite, la société de placement est liquidée (ou fusionnée) dans la société mère. La liquidation s'effectue sans impact fiscal et une désignation est effectuée par la société mère conformément à l'alinéa 88(1)d) L.I.R. afin de majorer le coût des immobilisations non amortissables qu'elle reçoit de la société de placement à un montant en principe égal à leur valeur au moment du décès, c'est-à-dire 1 000 001 \$. Le calcul du montant de la majoration disponible pour chacune des immobilisations non amortissables de la société de placement est expliqué à la section 4.2.4.

Lorsque la société mère disposera par la suite des placements acquis de la société de placement, aucune incidence fiscale ne sera engendrée, sous réserve de la plus-value acquise sur ces placements depuis le décès. Les actionnaires de la société mère pourront quant à eux recevoir une somme de 1 000 001 \$ exempte d'impôt, que ce soit par le rachat de leurs actions¹⁸ ou par le paiement du billet payable à demande.

4.2.2. Les conditions d'application des paragraphes 88(1) et 87(11) L.I.R.

Pour être en mesure d'effectuer une liquidation en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R., les conditions suivantes doivent être remplies :

- i) la société mère et la filiale doivent être des sociétés canadiennes imposables¹⁹;

¹⁸ Étant donné que les actions émises en contrepartie de l'échange ont un PBR et un capital versé de 1 000 001 \$, le rachat de ces dernières pourra s'effectuer sans impact fiscal.

¹⁹ Telle que définie au paragraphe 89(1) « société canadienne imposable » L.I.R., société qui, au moment où l'expression est pertinente :

- ii) au moins 90 % des actions émises de chaque catégorie du capital-actions de la filiale doivent appartenir à la société mère immédiatement avant la liquidation;
- iii) il faut que toutes les actions émises par la filiale qui n'appartiennent pas à la société mère immédiatement avant la liquidation appartiennent à des personnes avec lesquelles la société mère n'a pas de lien de dépendance.

Compte tenu des conditions mentionnées aux points ii) et iii), la succession d'un actionnaire dirigeant ainsi que les autres actionnaires d'une filiale pourraient devoir transférer leurs actions de la filiale à la société mère, à la suite du décès de l'actionnaire dirigeant, afin de s'assurer que cette dernière détienne au moins 90 % des actions émises de chaque catégorie du capital-actions de la filiale immédiatement avant la liquidation.

Lorsque toutes ces conditions sont remplies, le paragraphe 88(1) L.I.R. s'applique automatiquement pour permettre la liquidation de la filiale et le transfert de ses actifs à la société mère sans impact fiscal.

Pour être en mesure d'effectuer une fusion en vertu du paragraphe 87(11) L.I.R., les conditions suivantes doivent être respectées :

(... suite)

- a) d'une part, était une société canadienne;
- b) d'autre part, n'était pas, en vertu d'une disposition législative, exonérée de l'impôt prévu à la présente partie.

Le paragraphe 89(1) « société canadienne imposable » L.I.R. définit une société canadienne comme suit : « À un moment donné, société qui réside au Canada et qui:

- a) soit a été constituée au Canada;
- b) soit a résidé au Canada tout au long de la période qui a commencé le 18 juin 1971 et se termine à ce moment.

Il est entendu que la société issue, à un moment quelconque, de la fusion ou de l'unification de plusieurs sociétés, ou de la mise sur pied d'un arrangement ou autre réorganisation les concernant (autrement que par suite de l'acquisition des biens d'une société par une autre soit par achat, soit par la distribution de biens à l'occasion d'une liquidation), n'est une société canadienne par l'effet de l'alinéa a) que si:

- c) d'une part, la réorganisation a été effectuée en conformité avec les lois fédérales ou celles d'une province;
- d) d'autre part, chacune des sociétés était une société canadienne immédiatement avant le moment quelconque. »

- i) il faut que toutes les sociétés impliquées soient des sociétés canadiennes imposables²⁰;
- ii) il faut que la ou les filiales appartiennent à cent pour cent à la société mère²¹;
- iii) il faut que tous les actifs et tous les passifs des sociétés remplacées soient transférés à la société issue de la fusion.

Tout comme dans le cas de la liquidation, le respect de ces conditions permet d'effectuer la fusion des sociétés sans impact fiscal.

Plus précisément, les biens de la filiale attribués à la société mère lors de la liquidation ou à la société issue de la fusion lors d'une fusion sont réputés avoir fait l'objet d'une disposition par la filiale pour un produit égal à leur coût indiqué²². Lorsque les biens sont des immobilisations (autres que des biens amortissables) d'une société, le coût indiqué des biens est égal à leur PBR, pour la société, à ce moment²³. Par ailleurs, aux termes du sous-alinéa 88(1)c)(ii) L.I.R., le coût, pour la société mère ou pour la société issue de la fusion, de chaque bien de la filiale qui lui est attribué est réputé, en général, être égal au produit de disposition de chaque bien, pour la filiale, tel que déterminé en vertu de l'alinéa 88(1)a) L.I.R. Ainsi, la liquidation en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R. et la fusion en vertu du paragraphe 87(11) L.I.R. peuvent s'effectuer sur une base de roulement parfait, n'engendrant aucun impact fiscal immédiat.

Par contre, ce mécanisme de roulement automatique a pour effet de ne pas tenir compte du coût fiscal pour la société mère des actions de la filiale qu'elle détient, lequel sera perdu dans le processus de la liquidation ou de la fusion. Afin de ne pas perdre ce coût, les alinéas 88(1)c) et 88(1)d) L.I.R. permettent, sous réserve de certaines conditions, de majorer le coût des biens en immobilisations ayant appartenu à la filiale.

²⁰ *Id.*

²¹ Selon le paragraphe 248(1) « filiale à cent pour cent » L.I.R., une filiale à cent pour cent est une société dont tout le capital-actions émis (sauf les actions conférant l'admissibilité aux postes d'administrateurs) appartient à la société dont elle est la filiale.

²² S.-al. 88(1)a)(iii) L.I.R.

²³ Par. 248(1) « coût indiqué » L.I.R.

4.2.3. Les conditions d'application permettant la majoration de l'alinéa 88(1)d) L.I.R.

L'alinéa 88(1)c) L.I.R. ne permet la majoration du coût, pour la société mère, d'un bien acquis de la filiale que si ce bien était une **immobilisation**, autre qu'un **bien non admissible**, de la filiale **au moment où la société mère a acquis pour la dernière fois le contrôle de la filiale** et que ce bien a appartenu à la filiale sans interruption jusqu'à ce qu'il soit attribué à la société mère lors de la liquidation.

4.2.3.1. Immobilisations

Les biens pouvant faire l'objet de la majoration doivent être des immobilisations²⁴. Cette définition amène l'obligation de déterminer si le bien se qualifie de bien en inventaire ou de bien en immobilisations, puisque le premier ne donne pas lieu à un gain en capital. Cette détermination est une question de fait et à cet égard, il faudra, entre autres, examiner la nature et la quantité du bien acquis et revendu, la fréquence des transactions, la durée de la détention du bien, les motifs de la revente et l'intention du contribuable au moment de l'acquisition²⁵.

4.2.3.2. Biens non admissibles

Aux termes de l'alinéa 88(1)c) L.I.R., sont des biens non admissibles :

- i) les biens amortissables;
- ii) le bien transféré à la société mère lors de la liquidation, dans le cas où le transfert fait partie d'une attribution effectuée dans le cadre d'une transaction « papillon », conformément à l'alinéa 55(3)b) L.I.R.;
- iii) le bien acquis par la filiale auprès de la société mère, ou auprès d'une personne ou d'une société de personnes qui avait un lien de dépendance avec la société mère, dans le cas où l'acquisition faisait partie d'une série d'opérations ou d'événements dans le cadre de laquelle la société mère a acquis le contrôle de la filiale pour la dernière fois;

²⁴ *Supra*, note 7.

²⁵ C. VACHON, *loc. cit.*, note 15, 182-183.

- iv) le bien distribué à la société mère lors de la liquidation, dans le cadre de la série d'opérations ou d'événements qui comprend la liquidation et aux termes de laquelle la société mère a acquis le contrôle de la filiale et le bien, ou un bien de remplacement distribué à la société mère lors de la liquidation, est acquis par certaines personnes. On parle ici des règles sur le refus de la majoration du sous-alinéa 88(1)c)(vi) L.I.R.

4.2.3.3. Les règles du refus de la majoration

Les règles sur le refus de la majoration font en sorte que la majoration ne sera disponible que dans une situation où un acquéreur avec un lien de dépendance (la société mère) prend le contrôle d'une société (la filiale) et que durant la série d'opérations ou d'événements qui inclut la liquidation de la filiale, aucun des biens de la filiale ou aucun bien de remplacement n'est acquis par une personne qui individuellement ou collectivement détient 10 % ou plus des actions de la filiale à un moment au cours de la série et avant le moment où la société mère a acquis pour la dernière fois le contrôle de la filiale. Ainsi, tous les biens de la filiale sont considérés comme étant des biens non admissibles lorsque, dans le cadre d'une série d'opérations ou d'événements qui comprend la liquidation, la société mère a acquis le contrôle de la filiale et un bien distribué à la société mère lors de la liquidation, ou un bien de remplacement acquis par une personne, est acquis par une des personnes suivantes :

« (I) par une personne, sauf une personne exclue au sens du sous-alinéa c.2)(i), qui était un actionnaire déterminé de la filiale au cours de la série et avant le moment où la société mère a acquis pour la dernière fois le contrôle de la filiale,

(II) par deux personnes ou plus, sauf des personnes exclues au sens du sous-alinéa c.2)(i), dans le cas où une personne donnée aurait été un actionnaire déterminé de la filiale à un moment au cours de la série et avant que la société mère acquière pour la dernière fois le contrôle de la filiale si l'ensemble des actions appartenant alors à ces deux personnes ou plus avaient appartenu à la personne donnée à ce moment,

(III) par une société (sauf une personne exclue au sens du sous-alinéa c.2)(i) et la filiale) à l'égard de laquelle l'un des faits suivants se vérifie:

(1) la personne visée à la subdivision (I) est un actionnaire déterminé de la société au cours de la série et après le moment où la société mère a acquis pour la dernière fois le contrôle de la filiale,

(2) une personne donnée serait un actionnaire déterminé de la société à un moment au cours de la série et après que la société mère acquiert le contrôle de la filiale pour la dernière fois si l'ensemble des actions appartenant alors à des

personnes visées à la subdivision (II), sauf des personnes exclues au sens du sous-alinéa c.2)(i), et acquises par ces personnes dans le cadre de la série appartenaient à la personne donnée à ce moment; [...] »²⁶.

Un actionnaire déterminé d'une société au cours d'une année d'imposition est un contribuable qui possède, directement ou indirectement, au moins 10 % des actions émises d'une catégorie donnée du capital-actions de la société ou de toute autre société qui est liée à celle-ci²⁷. C'est à l'alinéa 88(1)c.2) L.I.R. que nous retrouvons la définition de « personnes exclues » ainsi que des précisions dans la détermination de la qualification à titre d'actionnaire déterminé :

²⁶ Div. 88(1)c)(vi)(B) L.I.R.

²⁷ Par. 248(1) « actionnaire déterminé » L.I.R. De plus, ce paragraphe précise qu'aux fins de la définition d'actionnaire déterminé : « a) un contribuable est réputé posséder chaque action du capital-actions d'une société appartenant, à ce moment, à une personne ayant un lien de dépendance avec lui;

- b) chaque bénéficiaire d'une fiducie est réputé posséder la fraction de toutes les actions appartenant, à ce moment, à la fiducie que représente la juste valeur marchande, à ce moment, de son droit de bénéficiaire sur la fiducie par rapport à la juste valeur marchande, à ce moment, de tous les droits de bénéficiaire sur la fiducie;
- c) chaque associé d'une société de personnes est réputé posséder la fraction de toutes les actions d'une catégorie donnée du capital-actions d'une société qui appartiennent à la société de personnes, à ce moment, que représente la juste valeur marchande, à ce moment, de sa participation dans la société de personnes par rapport à la juste valeur marchande, à ce moment, des participations de tous les associés dans la société de personnes;
- d) un particulier qui rend des services pour le compte d'une société qui, advenant que ce particulier ou une autre personne lui étant liée soit, à ce moment, un actionnaire déterminé de la société, exploiterait une entreprise de prestation de services personnels est réputé être un actionnaire déterminé de cette société à ce moment, si lui, ou une personne ou une société de personnes ayant avec lui un lien de dépendance, a droit ou, en vertu d'un arrangement, peut avoir droit, directement ou indirectement, à au moins 10 % des biens ou des actions d'une catégorie donnée du capital-actions de la société ou d'une société liée à celle-ci;
- e) malgré l'alinéa b), lorsque la part d'un bénéficiaire sur le revenu ou le capital de la fiducie dépend de l'exercice ou du non-exercice par une personne d'un pouvoir discrétionnaire, le bénéficiaire est réputé posséder chaque action du capital-actions d'une société que la fiducie possède à ce moment. »

« [...] pour l'application du présent alinéa et du sous-alinéa c)(vi):

(i) sont des personnes exclues à un moment donné la société mère et chaque personne qui serait liée à celle-ci à ce moment, compte non tenu de l'alinéa 251(5)b); à cette fin, une personne est réputée ne pas être liée à la société mère s'il est raisonnable de considérer que l'un des principaux motifs d'un ou de plusieurs événements ou opérations consiste à faire en sorte que la personne devienne liée à la société mère afin d'éviter qu'un bien attribué à celle-ci lors de la liquidation soit un bien non admissible pour l'application de l'alinéa c),

(ii) dans le cas où une société de personnes ou une fiducie acquiert un bien à un moment donné ou en est alors propriétaire:

(A) la société de personnes ou la fiducie est réputée être une personne qui est une société ayant une seule catégorie d'actions émises, lesquelles actions comportent plein droit de vote en toutes circonstances,

(B) chaque associé de la société de personnes ou bénéficiaire de la fiducie est réputé être propriétaire, à ce moment, d'un nombre d'actions émises du capital-actions de la société égal au produit de la multiplication du nombre d'actions émises du capital-actions de la société par le rapport entre:

(I) d'une part, la juste valeur marchande, à ce moment, de la participation de l'associé dans la société de personnes ou de la participation du bénéficiaire dans la fiducie,

(II) d'autre part, la juste valeur marchande, à ce moment, de l'ensemble des participations des associés dans la société de personnes ou des participations des bénéficiaires dans la fiducie,

(C) la société est réputée avoir acquis le bien à ce moment ou en être alors propriétaire,

(iii) pour déterminer si une personne est un actionnaire déterminé d'une société:

(A) le passage "des actions émises d'une catégorie donnée du capital-actions de la société ou de toute autre société qui est liée à celle-ci" à la définition de "actionnaire déterminé" au paragraphe 248(1) est remplacé par "des actions émises d'une catégorie donnée (sauf une catégorie exclue) du capital-actions de la société ou de toute autre société qui est liée à celle-ci et qui a une participation directe ou indirecte importante dans des actions émises de son capital-actions",

(B) une société est réputée ne pas être son propre actionnaire déterminé; [...] ».

Compte tenu des définitions qui précèdent, une interprétation la plus large possible du sous-alinéa 88(1)c)(vi) L.I.R. pourrait inclure les personnes suivantes :

- quiconque, avec des personnes liées, possède plus de 10 % d'une catégorie d'actions de la filiale avant et après le décès du testateur;
- quiconque qui était lié au testateur (en supposant que le testateur détenait au moins 10 % d'une catégorie d'actions de la filiale) et qui, avec d'autres bénéficiaires liés, a une participation d'au moins 10 % dans la succession;
- la succession, lorsqu'elle détient au moins 10 % d'une catégorie d'actions de la filiale;
- la succession, lorsqu'une ou plusieurs personnes qui sont liées au testateur (en supposant que le testateur détenait au moins 10 % d'une catégorie d'actions de la filiale) détiennent une participation d'au moins 10 % dans la succession.

Il peut arriver qu'une personne soit liée au testateur sans être liée au groupe de personnes qui contrôle la société après le décès du testateur et que cette personne possède une participation de plus de 10 % et de moins de 50 % dans la succession. Ainsi, cette personne peut être considérée comme un actionnaire déterminé mais non comme une personne exclue. En conséquence, si au cours de la série cette personne reçoit des biens distribués ou des biens de remplacement de la filiale, tous les biens de la filiale deviendront des biens non admissibles aux fins de la majoration.

À titre d'exemple, M. A décède alors que son patrimoine est composé uniquement d'actions d'une société privée. Son testament prévoit un legs à titre particulier d'une somme d'argent en faveur de son frère, le résidu devant être partagé en parts égales parmi ses enfants. La succession a besoin d'argent pour payer le legs au frère du testateur et sa seule source d'argent après le décès est l'argent distribué par la société mère lors de la liquidation de sa filiale. À la suite du paiement du legs financier au frère du testateur, le contrôle des voix de la société mère revient à la succession ou aux enfants du testateur. Si la participation du frère du testateur dans la succession est supérieure à 10 % et inférieure à 50 % de la valeur de toutes les participations dans la succession au moment de la distribution, la majoration sera refusée.

Il est également possible qu'une personne possède plus de 10 % d'une catégorie du capital-actions de la société tant avant qu'après le décès du testateur et que cette personne ne soit pas liée à une personne qui contrôle la société après le décès du testateur. Prenons par exemple une catégorie d'actions spéciales permettant la détention d'actions par des employés non

liés au testateur et à ses héritiers. Si, au cours de la série, un employé actionnaire reçoit des biens distribués ou de remplacement de la filiale (par exemple, si la société mère rachète la participation de cet employé au moyen des biens reçus de la filiale), la majoration sera refusée.

4.2.3.4. Moment de l'acquisition de contrôle

Le moment de l'acquisition de contrôle est important pour deux raisons :

- 1) seuls les biens qui appartenaient à la filiale au moment où la société mère a acquis le contrôle de la filiale pour la dernière fois peuvent faire l'objet de la majoration de l'alinéa 88(1)d) L.I.R.²⁸ ;
- 2) le montant de la majoration ne pourra jamais faire passer le coût du bien à un montant qui excède la JVM du bien au moment où la société mère a acquis le contrôle de la filiale pour la dernière fois²⁹.

L'alinéa 88(1)d.2) L.I.R. indique que lorsque le contrôle de la filiale a été acquis auprès d'une personne ou d'un groupe de personnes avec qui la société mère avait un lien de dépendance, la société mère sera réputée avoir acquis le contrôle de la filiale pour la dernière fois au premier en date des moments suivants :

- i) dès le moment où le vendeur a acquis le contrôle de la filiale pour la dernière fois³⁰ ;
- ii) lorsque le vendeur a acquis le contrôle de la filiale pour la dernière fois auprès d'une personne avec laquelle il avait un lien de dépendance, dès le moment où le vendeur est réputé, en vertu de l'alinéa 88(1)d.2) L.I.R., avoir acquis le contrôle de la filiale pour la dernière fois.

La meilleure façon de comprendre cet alinéa est par le biais d'un exemple. Prenons donc Mme A qui, au moment de son décès en septembre 2004, détenait 100 % des actions d'une société ayant une JVM de 1 M\$. Ces

²⁸ Al. 88(1)c) L.I.R.

²⁹ S.-al. 88(1)d)(ii) L.I.R.

³⁰ Le terme « contrôle » doit s'entendre au sens du paragraphe 186(2) L.I.R. et signifie le moment où le vendeur, ou des personnes avec qui le vendeur a un lien de dépendance ou à la fois le vendeur et les personnes avec qui il a un lien de dépendance, est devenu propriétaire de plus de 50 % des actions émises de la filiale comportant plein droit de vote.

actions ont été acquises en janvier 1985 par Mme A auprès d'un tiers pour un prix de 100 000 \$. À la suite du décès de Mme A, la succession de Mme A détient maintenant les actions de la société. Selon l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »), une succession qui acquiert des actions d'une personne décédée est considérée comme ayant acquis les actions auprès d'une personne avec qui elle avait un lien de dépendance³¹. Ainsi, compte tenu de l'alinéa 88(1)d.2) L.I.R., la succession est réputée avoir acquis le contrôle de la société pour la dernière fois au moment où Mme A a elle-même acquis le contrôle de la société, soit en janvier 1985. Ainsi, les seuls biens qui pourront faire l'objet d'une majoration sont les biens que possédait la société en janvier 1985 et la majoration pourra se faire jusqu'à concurrence de la JVM des biens à ce moment, soit 100 000 \$.

Heureusement, l'alinéa 88(1)d.3) L.I.R. apporte un assouplissement aux présomptions de l'alinéa 88(1)d.2) L.I.R. dans le cas de décès. En effet, l'alinéa 88(1)d.3) L.I.R. stipule que :

« pour l'application des alinéas c), d) et d.2), lorsque le contrôle d'une société est acquis par un acquéreur pour la dernière fois en raison d'une acquisition d'actions du capital-actions de la société découlant du décès d'un particulier, l'acquéreur est réputé avoir acquis ce contrôle immédiatement après le décès auprès d'une personne avec laquelle il n'avait aucun lien de dépendance ».

Compte tenu de cet alinéa, dans notre exemple précédent, la succession est réputée avoir acquis le contrôle de la société immédiatement après le décès de Mme A auprès d'une personne avec laquelle elle n'avait aucun lien de dépendance. Ainsi, la majoration peut être possible pour les biens qui appartenaient à la société au moment du décès de Mme A, dans la mesure de la JVM de ces biens à ce moment-là, c'est-à-dire 1 M\$.

Malgré l'alinéa 88(1)d.3) L.I.R., une problématique demeure lorsque les actions votantes d'une société sont détenues par une fiducie exclusive en faveur du conjoint, une fiducie en faveur de soi-même et une fiducie mixte au profit du conjoint. Par exemple, M. A est l'unique détenteur des actions votantes et participantes de la Société A. À son décès, les actions sont léguées à une fiducie créée pour le bénéfice exclusif de son épouse, Mme A. Compte tenu du legs à la fiducie exclusive en faveur du conjoint, aucune conséquence fiscale n'est engendrée par le décès de M. A³². Lors du décès de

³¹ *Tax Window Files, op. cit.*, note 12, interprétation technique 9336515, 29 août 1994.

³² Par. 70(6) L.I.R.

Mme A, la fiducie est réputée disposer des actions de la Société A³³, générant alors un gain en capital. Parce que la fiducie en faveur de Mme A continue de détenir les actions à la suite du décès de Mme A, aucune acquisition de contrôle de la société n'est réalisée en conséquence du décès de Mme A. Ainsi, si une planification est mise en place en vue d'utiliser la majoration de l'alinéa 88(1)d) L.I.R., seuls les biens qui appartenaient à la société au moment du décès de M. A pourront faire l'objet d'une majoration et celle-ci ne pourra dépasser la JVM des biens au moment du décès de M. A. L'appréciation de la valeur des actifs de la société entre la date du décès de M. A et la date du décès de Mme A sera donc reflétée dans le gain en capital réalisé par la fiducie en conséquence du décès de Mme A, mais la fiducie ne pourra pas s'en servir à des fins de majoration.

Afin d'éviter cette situation, certaines solutions sont disponibles. Dans une interprétation technique³⁴, l'ARC a indiqué que si les termes de l'acte créant la fiducie prévoient la distribution des actions aux bénéficiaires de la fiducie par suite du décès du deuxième conjoint, l'alinéa 88(1)d.3) L.I.R. pourrait s'appliquer au moment où les actions sont distribuées aux bénéficiaires. Ainsi, le contrôle de la société par les bénéficiaires serait considéré comme ayant été acquis pour la dernière fois en raison d'une acquisition d'actions découlant du décès d'une personne. Sur la base de cette interprétation, le tout appuyé par le paragraphe 248(8) L.I.R.³⁵, le testament de l'actionnaire dirigeant devra donner des directives claires aux fiduciaires relativement à la distribution des actions votantes au deuxième ordre de bénéficiaires, par suite du décès du conjoint.

Par ailleurs, une autre solution serait de séparer les actions votantes des actions participantes. Ainsi, l'actionnaire dirigeant pourrait léguer des actions avec droit de vote mais sans privilège de participation directement à son conjoint et léguer des actions participantes mais ne donnant pas de droit de vote à une fiducie créée pour le bénéfice exclusif de son conjoint. Cette stratégie permettra de réaliser une acquisition de contrôle à la suite du décès

³³ Al. 104(4)a) L.I.R.

³⁴ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 12, interprétation technique 2000-0017625, 21 novembre 2000.

³⁵ L'alinéa 248(8)a) L.I.R. stipule qu'« un transfert, une attribution ou une acquisition de biens en vertu du testament ou autre acte testamentaire d'un contribuable ou de son époux ou conjoint de fait, par suite d'un tel testament ou acte ou par l'effet de la loi en cas de succession ab intestat du contribuable ou de son époux ou conjoint de fait, est considéré comme un transfert, une attribution ou une acquisition de biens par suite du décès du contribuable ou de son époux ou conjoint de fait, selon le cas ».

du deuxième conjoint par le legs des actions avec droit de vote qui sera effectué par ce dernier.

De plus, cette solution impliquera la réalisation d'autres transactions afin de s'assurer de pouvoir appliquer les règles de la liquidation du paragraphe 88(1) L.I.R. En effet, rappelons qu'au moins 90 % des actions émises de chaque catégorie d'actions du capital-actions de la filiale doivent appartenir à la société mère immédiatement avant la liquidation afin de pouvoir réaliser une liquidation sans impact fiscal. Ainsi, si au moment de la liquidation les actions participantes de la filiale sont encore la propriété de la fiducie, la fiducie et les bénéficiaires de la succession du conjoint survivant devront transférer leurs actions à la société mère afin de faciliter la réalisation de la liquidation.

4.2.4. Calcul de la majoration de l'alinéa 88(1)d) L.I.R.

Le montant de la majoration sera égal à l'excédent du PBR des actions de la filiale pour la société mère sur le total du coût indiqué des biens de la filiale immédiatement avant la liquidation, auquel il faut soustraire les dettes de la filiale et certaines provisions³⁶. Le montant de la majoration sera réparti parmi les différents biens de la filiale et rappelons que le coût attribué à un bien spécifique dans le cadre de la majoration ne pourra jamais dépasser la JVM de ce bien au moment où la société mère a acquis pour la dernière fois le contrôle de la filiale³⁷.

5. LES RÈGLES SUR LA MINIMISATION DES PERTES ENTRE PERSONNES AFFILIÉES (PAR. 40(3.6) L.I.R.)

Les règles sur la minimisation des pertes entre personnes affiliées et plus précisément le paragraphe 40(3.6) L.I.R. sont des dispositions qui peuvent porter atteinte à la bonne réussite d'une planification *post mortem* ayant pour objectif d'éliminer le problème de double imposition. Le paragraphe 40(3.6) L.I.R. peut avoir pour effet d'empêcher la réalisation d'une planification basée sur le report de perte accessible par le paragraphe 164(6) L.I.R.

³⁶ Al. 88(1)d) L.I.R.

³⁷ S.-al. 88(1)d)(ii) L.I.R.

5.1. EXPLICATION DE LA RÈGLE

Le paragraphe 40(3.6) L.I.R. stipule que lorsqu'un contribuable dispose, en faveur d'une société qui lui est affiliée immédiatement après la disposition, d'une action d'une catégorie du capital-actions de la société, la perte du contribuable résultant de la disposition est réputée nulle³⁸. Toutefois, le montant de la perte résultant de la disposition sera ajouté dans le calcul du PBR, pour le contribuable après la disposition, des actions de la société qui appartenaient au contribuable immédiatement après la disposition³⁹. Ainsi, dans le cadre de la planification *post mortem* d'un actionnaire dirigeant impliquant un rachat des actions détenues par la succession et un report de la perte engendrée en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R., il faut s'assurer que la succession ne sera pas affiliée à la société immédiatement après le rachat des actions.

Notons que le paragraphe 40(3.6) L.I.R. ne s'applique pas dans un contexte où la société est liquidée⁴⁰.

5.2. APPLICATION DE LA RÈGLE AVANT LES PROPOSITIONS LÉGISLATIVES

Le Budget fédéral du 23 mars 2004 a annoncé des ajouts importants à la définition de « personnes affiliées » que l'on retrouve à l'article 251.1 L.I.R. Les mesures ont ensuite été introduites dans les *Propositions législatives* publiées le 16 septembre 2004⁴¹. Avant de présenter les modifications apportées, examinons d'abord l'application de l'article 251.1 L.I.R. et du paragraphe 40(3.6) L.I.R. dans un contexte de planification *post mortem*, tels qu'ils s'appliquaient avant le 23 mars 2004.

³⁸ Al. 40(3.6)a) L.I.R.

³⁹ Al. 40(3.6)b) et 53(1)f.2) L.I.R. Le montant de la perte à ajouter dans le calcul du PBR d'une action d'une catégorie du capital-actions de la société qui appartenait au contribuable immédiatement après la disposition sera égal au produit de la multiplication du montant de sa perte résultant de la disposition, déterminé compte non tenu de l'alinéa 40(2)g) et du paragraphe 40(3.6) L.I.R., par le rapport entre :

- a) d'une part, la JVM de l'action immédiatement après la disposition;
- b) d'autre part, la JVM, immédiatement après la disposition, de l'ensemble des actions du capital-actions de la société appartenant au contribuable.

⁴⁰ Al. 69(5)d) L.I.R.

⁴¹ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives, avant-projets de règlement et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, 16 septembre 2004.

Avant les modifications proposées, aucune règle spécifique n'existait relativement aux règles d'affiliation impliquant une fiducie. Au cours de l'année 2000, l'ARC avait émis une série d'interprétations techniques⁴² établissant les principes sur lesquels elle fondait sa position relativement à l'application de l'article 251.1 L.I.R. aux fiducies. La position de l'ARC reposait alors sur deux principes : premièrement, comme mentionné au paragraphe 104(1) L.I.R., la mention d'une fiducie vaut également la mention du fiduciaire, de l'exécuteur testamentaire ou du liquidateur de la succession. Deuxièmement, pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une fiducie est réputée être un particulier relativement aux biens de la fiducie⁴³.

Ainsi, dans le cadre de l'examen de l'application du paragraphe 40(3.6) L.I.R., dans le cas d'un rachat d'actions appartenant à une succession, l'approche devait s'effectuer à deux niveaux. Il fallait en effet s'assurer que la succession, en tant que particulier, n'était pas affiliée à la société. De plus, il fallait s'assurer que les liquidateurs, en les considérant comme propriétaires des biens de la succession, n'étaient pas affiliés à la société. Ainsi, avant les propositions législatives, une attention particulière devait être portée au choix du ou des liquidateurs de la succession par rapport à qui possédait ou allait posséder, à la suite du décès, les actions de contrôle de la société.

5.3. APPLICATION DE LA RÈGLE À LA SUITE DES PROPOSITIONS LÉGISLATIVES

Les propositions législatives ont introduit une règle spécifique d'affiliation avec une fiducie. Aux termes de cette règle, une personne et une fiducie sont affiliées si la personne est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie ou si la personne serait affiliée à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie en l'absence du nouvel alinéa 251.1(1)g) L.I.R.

Les propositions législatives ont également introduit des règles d'affiliation entre deux fiducies. Compte tenu du sujet du présent texte, nous ne nous y attarderons pas.

⁴² *Tax Window Files*, op. cit., note 12, interprétations techniques 1999-0015705, 2 mars 2000; 1999-0010825, 22 février 2000 et 1999-0010805, 21 février 2000.

⁴³ Par. 104(2) L.I.R.

Par ailleurs, les propositions législatives sont venues indiquer au nouveau sous-alinéa 251.1(4)c)(iii) L.I.R. que lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est affiliée à une fiducie « malgré le paragraphe 104(1), la mention d'une fiducie ne vaut pas mention du fiduciaire ou d'autres personnes qui ont la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie ».

Compte tenu de l'article 251.1 L.I.R. et des diverses modifications proposées pour que la succession ne soit pas affiliée à la société immédiatement après un rachat d'actions par cette dernière, il faudra dorénavant s'assurer :

- i) que la succession ne contrôlera pas la société immédiatement après le rachat;
- ii) que la société ne sera pas un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la succession immédiatement après le décès;
- iii) que la société ne sera pas affiliée à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la succession immédiatement après le décès.

Ainsi, dès que la personne ayant le contrôle de la société sera un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la succession, la succession et la société seront affiliées en vertu du sous-alinéa 251.1(1)g)(ii) L.I.R., entraînant l'application du paragraphe 40(3.6) L.I.R. Dans un contexte familial, ceux qui hériteront du contrôle de la société ou qui détiendront déjà le contrôle de la société au moment du décès⁴⁴ seront la plupart du temps les héritiers de la succession.

Aux termes des propositions législatives, une personne sera considérée comme étant un bénéficiaire détenant une participation majoritaire lorsque son droit à titre de bénéficiaire du revenu ainsi que le droit à titre de bénéficiaire du revenu des personnes auxquelles elle est affiliée excèdent 50 % de la JVM de l'ensemble des participations au revenu de la fiducie. Une règle identique est prévue relativement au droit dans le capital de la fiducie.

Ainsi, lorsque nous serons en présence de plusieurs bénéficiaires de la succession qui ne seront pas des personnes affiliées entre elles, par exemple des frères et sœurs, et qu'aucun des bénéficiaires ne détiendra une part

⁴⁴ Par exemple, si un gel successoral a déjà eu lieu et que les actions de contrôle de la société sont déjà entre les mains des enfants.

supérieure à 50 %, les nouvelles règles n'entraîneront pas un problème d'affiliation.

Toutefois, étant donné que nous ne pouvons prévoir l'avenir et qu'au moment du décès de l'actionnaire dirigeant les données factuelles auront peut-être changé, par exemple le prédécès de certains héritiers ne laissant qu'un seul héritier au moment du décès de l'actionnaire dirigeant, nous devons toujours tenir compte de ces règles.

5.4. PLANIFICATION POUR ÉVITER L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 40(3.6) L.I.R.

Aux termes de l'alinéa 69(5)d) L.I.R., le paragraphe 40(3.6) L.I.R. ne s'applique pas dans le cadre d'une liquidation. Ainsi, face à un problème d'application du paragraphe 40(3.6) L.I.R., la mise en place d'une stratégie permettant à la succession de réaliser une perte dans le cadre d'un dividende de liquidation peut être une option à envisager par rapport au simple rachat d'actions.

Prenons l'exemple où l'unique enfant du testateur détient personnellement les actions de contrôle de la société. Les actions privilégiées, comme des actions émises dans le cadre d'un gel successoral, sont détenues par la succession. L'enfant est également l'unique bénéficiaire de la succession. Compte tenu des modifications proposées à l'article 251.1 L.I.R., dans une telle situation, un rachat des actions détenues par la succession entraînerait l'application du paragraphe 40(3.6) L.I.R. et le refus de la réalisation de la perte de la succession. Face à cette situation, le liquidateur de la succession pourrait créer une nouvelle société et transférer par voie de roulement les actions appartenant à la succession à la nouvelle société, le tout en échange d'actions de cette dernière⁴⁵.

Ensuite, la société filiale procéderait au rachat de ses actions maintenant détenues par la nouvelle société⁴⁶. La nouvelle société serait par la suite liquidée entraînant, pour la succession, la réalisation d'un dividende réputé et d'une perte en capital. Le paragraphe 40(3.6) L.I.R. ne serait pas applicable en raison de l'alinéa 69(5)d) L.I.R. La succession pourrait par la suite utiliser

⁴⁵ En supposant que le liquidateur ait le pouvoir, aux termes du testament, de créer une nouvelle société et de procéder aux transferts d'actions mentionnés.

⁴⁶ Le rachat entraînerait la réalisation d'un dividende non imposable et d'une perte en capital pour la nouvelle société, sous réserve de l'application de l'impôt de la Partie IV L.I.R.

le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. pour reporter la perte en capital réalisée à la déclaration de revenus finale du défunt.

6. LE PARAGRAPHE 112(3.2) L.I.R.

Nous n'avons pas l'intention, aux termes du présent texte, de faire une analyse détaillée du paragraphe 112(3.2) L.I.R. et nous vous référons à cet effet à d'autres textes qui abordent déjà ce sujet⁴⁷. Les lignes qui suivent sont donc un bref rappel de cette règle et de son impact possible sur la planification *post mortem* d'un actionnaire dirigeant.

Tel qu'il a été vu à la section précédente, en vertu du paragraphe 40(3.6) L.I.R., lorsqu'une succession se fait racheter des actions d'une société, la perte réalisée par le rachat des actions sera réputée nulle si la succession et la société sont affiliées immédiatement après le rachat. Si le paragraphe 40(3.6) L.I.R. a pu être évité, il faudra par la suite vérifier si le montant de la perte ne serait pas soumis à une réduction à cause du paragraphe 112(3.2) L.I.R.

Si, dans le cadre du rachat des actions, un dividende en capital a été payé à la succession, la perte réalisée par le rachat pourrait être réduite et même totalement éliminée. Contrairement au paragraphe 40(3.6) L.I.R., le montant de perte refusé ne sera pas ajouté au PBR d'autres actions mais sera totalement perdu.

Un allègement est toutefois prévu au sous-alinéa 112(3.2)a)(iii) L.I.R., qui permet à une succession de recevoir des dividendes en capital jusqu'à concurrence de 50 % du gain en capital réalisé par le défunt sur ses actions au moment de son décès sans réduction de la perte en capital.

7. LA PLANIFICATION TESTAMENTAIRE

Comme il peut être constaté aux termes de ce qui précède, une bonne planification *post mortem* se planifie avant le décès. Après avoir déterminé les objectifs du client, les obstacles et les actions à entreprendre pour atteindre le but fixé, il serait opportun de préparer un plan successoral

⁴⁷ Murray SKLAR, « Produits financiers et compte de dividendes en capital : ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 20:1-38 et Murray SKLAR, « La transmission de l'entreprise : utilisation de l'assurance vie avec ou sans les règles transitoires du 26 avril 1995 : l'aspect fiscal », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 26:1-38.

détaillant les étapes à suivre en cas de décès. En vue de permettre la réalisation de la planification *post mortem* envisagée, certains gestes devront peut-être être posés avant le décès, comme une réorganisation du capital-actions de la société.

Par ailleurs, une étape importante de la planification *post mortem* d'un actionnaire dirigeant est la rédaction d'un testament qui permettra de réaliser les objectifs d'élimination de la double imposition, tout en respectant les volontés testamentaires de l'actionnaire.

Le testament de l'actionnaire dirigeant devrait être rédigé de manière à permettre aux liquidateurs, entre autres :

- de mener à bien des réorganisations;
- de distribuer des actifs au besoin;
- de réorganiser le capital-actions de la société;
- d'établir de nouvelles sociétés;
- d'exercer tout choix fiscal approprié.

Si une convention entre actionnaires existe, il faudra en tenir compte dans le cadre de l'établissement de la planification *post mortem* et de la rédaction du testament. Il en est de même de toute police d'assurance vie qui aurait pu être prise sur la vie du défunt.

CONCLUSION

Nous pouvons réaliser du texte qui précède que la planification *post mortem* d'un actionnaire dirigeant implique un travail minutieux où il devra être tenu compte autant de la situation fiscale de l'actionnaire que de son contexte familial et personnel. Plusieurs outils sont disponibles pour permettre de réduire et même d'éviter les problèmes de double imposition. Le choix de la meilleure planification dépendra bien entendu de la situation de l'actionnaire. Des gestes devront peut-être être posés avant le décès afin de permettre la réalisation des objectifs.

Par ailleurs, une attention toute particulière devra être portée à la rédaction du testament afin de s'assurer que les liquidateurs auront tous les pouvoirs nécessaires à la réalisation de la planification déterminée.

Finalement, n'oublions pas que la planification *post mortem* doit être révisée au fil des ans afin de s'assurer qu'elle répond toujours aux besoins de l'actionnaire et que les gestes devant être posés avant le décès pourront l'être.

ANNEXE 1

Hypothèse : À son décès, le défunt détenait la totalité des actions d'une société de placement ayant les caractéristiques suivantes :

JVM au décès :	1 000 001 \$

PBR :	1 \$

Capital versé :	1 \$

Disposition réputée des actions au décès

Valeur marchande des actions	1 000 001 \$

PBR	(1 \$)

Gain en capital	1 000 000 \$

Impôt payable dans la déclaration de revenus finale (taux de 24,11 %)	<u>241 100 \$</u>

Impôt payable à la disposition des actifs par la société

Valeur marchande des actifs	1 000 001 \$

PBR	(1 \$)

Gain en capital	1 000 000 \$

Impôt payable par la société (taux de 26,02 %)	260 200 \$

Impôt remboursable à 26,66 % du gain en capital imposable	(133 333 \$)

Impôt corporatif net	<u>126 867 \$</u>

Distribution aux actionnaires

Retour de capital	1 \$
Dividende imposable ⁴⁸	400 000 \$
Dividende en capital ⁴⁹	473 133 \$

Fonds total distribué 873 134 \$

Impôt de l'actionnaire sur le dividende imposable (taux de 32,82 %) 131 280 \$

Impôt total payé à la liquidation (126 867 \$ + 131 280 \$) = 258 147 \$

⁴⁸ Égal à trois fois le solde d'IMRTD, c'est-à-dire trois fois 133 333\$.

⁴⁹ Le moindre du solde du CDC (500 000 \$) et des liquidités restantes (1 000 001 \$ - 126 867 \$ - 1 \$ - 400 000 \$ = 473 133 \$).

**SUJETS COURANTS DE FISCALITÉ AMÉRICAINE À L'INTENTION
DES PLANIFICATEURS SUCCESSORAUX**



France Gagnon
CA, M. Fisc.
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TEXTE NON DISPONIBLE

REVUE DES RÈGLES PROPOSÉES
SUR LES ENTITÉS DE PLACEMENT ÉTRANGÈRES



Patrick Bertrand

Avocat

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

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	6:3
1. HISTORIQUE DES RÈGLES	6:3
2. APPLICATION DES RÈGLES SUR LES ENTITÉS DE PLACEMENT ÉTRANGÈRES	6:5
2.1. QU'EST-CE QU'UNE ENTITÉ DE PLACEMENT ÉTRANGÈRE?	6:5
2.1.1. Le test lié aux actifs	6:6
2.1.2. Le test lié à l'entreprise	6:9
2.2. LES EXCEPTIONS À L'APPLICATION DES RÈGLES	6:10
2.2.1. Participation exempte	6:11
2.3. RÉGIME DU REVENU IMPUTÉ (LE RÉGIME DE BASE)	6:14
2.3.1. Participation déterminée	6:15
2.3.2. Formule d'inclusion à titre de revenu	6:15
2.3.3. Coût désigné	6:16

2.4.	RÉGIME D'ÉVALUATION À LA VALEUR DU MARCHÉ	6:17
2.4.1.	Inclusion à titre de revenu.....	6:18
2.4.2.	Montant de report.....	6:18
2.4.3.	Inclusion à titre de gain en capital	6:20
2.4.4.	Polices d'assurance étrangères.....	6:21
2.5.	RÉGIME D'ATTRIBUTION ANNUELLE.....	6:21
2.5.1.	Inclusion à titre de revenu.....	6:22
2.5.2.	Participations de référence.....	6:23
3.	ABSENCE DE ROULEMENTS EN FRANCHISE D'IMPÔT	6:23
4.	PRÉVENTION DE LA DOUBLE IMPOSITION.....	6:24
5.	DISCRÉTION MINISTÉRIELLE.....	6:25
6.	DÉVELOPPEMENTS ADMINISTRATIFS.....	6:25
	CONCLUSION	6:26

INTRODUCTION

Les règles proposées touchant les entités de placement étrangères (ci-après « EPÉ ») ont vu le jour à la suite de l'énoncé du ministre des Finances lors du Budget fédéral de 1999. Quatre ébauches de ces règles ont déjà été publiées. La version la plus récente, rendue publique le 30 octobre 2003, est examinée ci-après. Quoique la version actuelle des propositions constitue une amélioration lorsqu'on la compare aux versions antérieures, elle va tout de même au-delà de l'intention énoncée en 1999. Plusieurs problèmes demeurent dans la version actuelle, dont la difficulté pour plusieurs contribuables de recueillir les renseignements nécessaires à la détermination de l'application ou non des nouvelles règles à leurs détentions à l'étranger. Les règles sur les EPÉ sont toujours à l'état d'avant-projet de loi présentement; une fois sanctionnées, ces règles prendront cependant effet de façon rétroactive pour les années d'imposition débutant à compter de 2003. Il est peu probable que les règles actuelles soient révisées en profondeur avant leur adoption par le Parlement. Cependant, certaines modifications d'ordre technique sont prévues. En plus des difficultés d'ordre technique, les contribuables sont quelque peu laissés pour compte en ce qui concerne la conformité aux règles proposées pour lesquelles l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») n'a, à ce jour, émis aucune politique formelle.

Le présent texte vise à démontrer la lourdeur du fardeau imposé aux contribuables par les règles proposées, dont la difficulté à cerner l'assujettissement de participations dans des filiales ou des fonds communs de placement étrangers. Ce fardeau, tant administratif que pécuniaire, est démesuré par rapport aux objectifs visés. De plus, si plusieurs fiscalistes spécialisés savaient déjà que les règles seraient applicables aux années d'imposition débutant après 2002, il en est tout autrement pour les contribuables qui n'ont toujours pas été mis au courant par l'ARC. Il est d'autant plus déplorable que le ministère des Finances ait introduit de nouvelles modifications dans la présente version des règles empêchant rétroactivement le roulement en franchise d'impôt de détentions dans des EPÉ. Ce texte examine certains points techniques touchant les règles proposées, mais ne peut prétendre constituer une analyse complète de ces règles. De plus, seules les règles touchant les EPÉ sont examinées et les règles touchant les fiducies non résidentes ne sont pas analysées.

1. HISTORIQUE DES RÈGLES

L'avant-projet de loi sur les EPÉ est le fruit du Budget fédéral canadien déposé le 16 février 1999. Les mesures qui étaient alors proposées visaient à

contrer les structures considérées comme étant abusives contre lesquelles l'ancien article 94.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ ne pouvait rien. Le Plan budgétaire de 1999 stipulait que :

« les objectifs des dispositions actuelles de la Loi ne sont pas entièrement atteints et que des particuliers à revenu élevé peuvent, dans certains cas, éviter l'impôt canadien en investissant dans des fonds de placement étrangers et en transférant des biens à des fiducies non résidentes »².

Des consultations en vue de modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* en ce sens furent amorcées afin d'assujettir aux nouvelles règles les participations détenues à la date du budget à compter de 2001. Les participations acquises après la date du budget seraient assujetties aux règles à compter de 2000.

Des propositions législatives³ furent déposées par le ministère des Finances le 22 juin 2000 et les commentaires des contribuables furent sollicités. Par voie de communiqué émis le 7 septembre 2000, le ministère des Finances annonçait le report des règles aux années d'imposition débutant après 2001. Le 2 août 2001, le ministère des Finances a présenté de nouvelles propositions législatives⁴ en vue d'obtenir les commentaires du public. En décembre 2001, le ministère des Finances retarda à nouveau l'application des règles aux années d'imposition débutant après 2002. Le 11 octobre 2002, une troisième version des règles proposées⁵ fut mise de l'avant. Bien que la version rendue publique en 2002 constituait une amélioration par rapport aux versions antérieures, le ministère des Finances continua de recevoir une foulée de commentaires de contribuables et de fiscalistes. Conséquemment, cette version fut également écartée à la suite du dévoilement de nouvelles propositions législatives⁶ le 30 octobre 2003. À la

¹ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »). À moins d'indication contraire, toutes les références législatives contenues dans le présent texte réfèrent à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, telle que sanctionnée, ainsi qu'aux modifications proposées à celle-ci.

² CANADA, ministère des Finances, *Le Plan budgétaire de 1999*, 16 février 1999, p. 212.

³ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et notes explicatives concernant la Loi de l'impôt sur le revenu – Imposition des fiducies non-résidentes et des entités de placement étrangères*, juin 2000.

⁴ *Id.*, août 2001.

⁵ *Id.*, octobre 2002.

⁶ *Id.*, octobre 2003.

différence des versions antérieures, aucun répit ne fut annoncé quant à la date effective d'application de ces propositions une fois que celles-ci auront été sanctionnées. Cette date a été maintenue aux années d'imposition débutant après 2002.

2. APPLICATION DES RÈGLES SUR LES ENTITÉS DE PLACEMENT ÉTRANGÈRES

2.1. QU'EST-CE QU'UNE ENTITÉ DE PLACEMENT ÉTRANGÈRE?

La construction des règles sur les EPÉ est à la base très simple. En effet, ces règles illustrent parfaitement la nouvelle architecture rédactionnelle du ministère des Finances, soit une règle d'application simple, souvent sous forme de formule, à laquelle viennent s'ajouter un bon nombre de termes définis et d'autres éléments complexes. En effet, le ministère des Finances tente visiblement d'assujettir le plus de contribuables et de participations possible aux règles et de reporter sur ceux-ci le fardeau de démontrer qu'ils sont exonérés de leur application. Ainsi, toute entité non résidente sera comprise dans la définition d'une EPÉ sauf si, à la fin de son année d'imposition, une des conditions suivantes est satisfaite :

- 1) elle se qualifie comme une « fiducie étrangère exempte »;
- 2) la valeur comptable de ses « biens de placement » ne représente pas plus de la moitié de la valeur comptable de tous ses biens; ou
- 3) tout au long de l'année, sa principale activité consiste à exploiter une entreprise autre qu'une entreprise de placement⁷.

Les contribuables qui voudraient faire valoir une de ces exceptions devront obtenir toutes les données nécessaires quant à l'entité dans laquelle ils détiennent une participation afin d'appuyer leur position.

Tel qu'il a été indiqué précédemment, un examen des règles touchant les fiducies étrangères exemptes dépasse le cadre du présent texte. Il convient néanmoins de souligner que les contribuables seraient bien servis d'examiner les règles sur les EPÉ à la lumière des règles touchant les fiducies non résidentes lorsqu'ils détiennent une participation dans une fiducie étrangère. La majorité des fiducies non résidentes commerciales seront assujetties aux règles touchant les EPÉ plutôt qu'aux règles touchant les fiducies non

⁷ Par. 94.1(1) « entité de placement étrangère » L.I.R.

résidentes, à moins d'exception. Lorsque les règles touchant les fiducies non résidentes s'appliquent, la fiducie sera réputée être résidente du Canada et ne pourra donc, à titre de fiducie résidente du Canada, être considérée comme une EPÉ.

2.1.1. Le test lié aux actifs

Afin de déterminer si la valeur comptable des biens de placement d'une entité étrangère dépasse la moitié de l'ensemble des biens de celle-ci, on doit se pencher sur la définition qui est donnée au terme « biens de placement ». Sont compris parmi les biens de placement les actions de sociétés, la monnaie, les dettes, les biens immeubles, les produits financiers dérivés, ainsi que les participations dans des sociétés de personnes et dans des fiducies. Ne sont pas des biens de placement les biens exempts de l'entité donnée, soit : les biens détenus ou utilisés principalement dans une entreprise autre qu'une entreprise de placement, une dette qui serait un bien exclu au sens du paragraphe 95(1) L.I.R. lorsque l'entité donnée est une société étrangère affiliée dans laquelle le contribuable a une participation admissible et les biens donnés acquis par le contribuable au cours des 36 derniers mois par suite d'activités admissibles. Sont également exclus de la définition de « biens de placement » les participations, par le biais d'actions ou de dette, dans une « entité admissible ».

Sont des entités admissibles les sociétés et les sociétés de personnes dont la totalité ou la presque totalité de la valeur comptable des biens est attribuable à :

- un bien autre qu'un bien de placement;
- une participation déterminée ou une créance émise par une entité qui est une « participation notable » dans celle-ci et dont l'entreprise principale n'est pas une entreprise de placement;
- une participation déterminée dans une entité, ou une créance émise par une entité, dont l'entreprise principale n'est pas une entreprise de placement, dans laquelle la première entité participe activement, ou exerce une influence importante, quant à la gouvernance et la gestion de l'autre entité ou met en œuvre un plan d'action en vue de réaliser cet objectif;
- un bien de placement destiné à servir à l'acquisition de biens énumérés ci-dessus; et

- un bien de placement acquis par l'entité donnée dans les 36 mois précédant la fin de la période par suite d'une activité prescrite.

Une participation notable est définie comme étant une participation dans le capital-actions d'une société⁸ (ou comme associé d'une société de personnes ou comme bénéficiaire d'une fiducie) qui confère à la société non résidente au moins 25 % des droits de vote et représente au moins 25 % de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de l'ensemble des actions.

Les actionnaires minoritaires auront, dans la plupart des cas, de la difficulté à échapper à la définition de « bien de placement » en s'appuyant sur le fait que l'entité dans laquelle la participation est détenue est une entité admissible. En effet, ceux-ci n'auront normalement pas accès à l'information détaillée qui permettrait de conclure qu'une entité est une entité admissible. Les contribuables détenant des participations déterminées dans une entité étrangère qui, elle-même, détiendrait possiblement une participation dans une EPÉ ne seraient souvent pas en mesure de déterminer qu'il s'agit d'une participation notable ou encore qu'elle exerce une influence importante sur la gestion de la société sous-jacente.

Les règles concernant les EPÉ réfèrent maintes fois à la « valeur comptable » de biens. La valeur comptable est le montant évalué pour les besoins des « états financiers » d'une entité donnée à moins que le contribuable ne fasse le choix d'évaluer tous les biens évalués pour les besoins des états financiers à leur JVM. Ce choix doit être fait chaque année par écrit dans la déclaration du contribuable (les conditions d'application de ce choix sont décrites subséquemment). Les états financiers d'une société sont également définis pour les fins des règles comme étant le bilan et l'état des résultats d'une entité donnée, à condition qu'ils soient préparés conformément aux principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR ») utilisés au Canada ou conformément à des PCGR semblables à ceux-ci pour l'essentiel. Un contribuable peut également faire un choix d'utiliser le bilan et l'état des résultats non consolidés d'une société, à condition qu'ils soient autrement conformes aux PCGR utilisés au Canada ou à des PCGR semblables à ceux-ci pour l'essentiel. Enfin, les biens, dettes, revenus ou pertes d'une autre entité qui sont inscrits aux états financiers d'une entité sont réputés, aux fins de l'application des règles sur les EPÉ, appartenir à cette deuxième entité⁹.

⁸ Qu'elle soit résidente ou non du Canada.

⁹ Al. 94.1(2)a) L.I.R.

Les PCGR utilisés aux États-Unis et dans les pays membres de l'Union européenne sont considérés être, pour l'essentiel, semblables à ceux utilisés au Canada¹⁰. Les notes explicatives émises par le ministère des Finances stipulent que l'alinéa 94.1(2)b) L.I.R. est ajouté « pour plus de certitude ». Il ne s'agirait donc pas d'un ajout qui fait en sorte que les PCGR états-uniens ou de pays membres de l'Union européenne soient réputés être semblables pour l'essentiel aux PCGR utilisés au Canada. La pertinence de cette précision provient du fait que les PCGR qui seraient aussi semblables aux PCGR canadiens que le sont les PCGR des États-Unis ou de pays membres de l'Union européenne devraient aussi se qualifier comme étant semblables pour l'essentiel aux PCGR canadiens. Dans la même veine, avec la nécessité prochaine pour les pays membres de l'Union européenne d'adopter les principes comptables internationaux comme PCGR, cela fera probablement en sorte que les principes comptables internationaux seront également considérés semblables, pour l'essentiel, aux PCGR au Canada. Entre-temps, avec l'accession de 10 nouveaux pays à l'Union européenne en 2004, on peut se questionner sur le bien-fondé pour le ministère des Finances d'affirmer que les PCGR de pays comme Malte et la Lituanie, par exemple, sont effectivement semblables pour l'essentiel aux PCGR au Canada, tandis que les PCGR utilisés dans des pays tels que le Japon et la Suisse ne sont pas confirmés comme tel. Il est probable que l'ARC et, ultimement, les tribunaux canadiens, soient appelés à se prononcer sur le degré de similitude entre les PCGR étrangers et ceux utilisés au Canada. Il serait souhaitable que l'ARC publie une liste des pays dont les PCGR seront reconnus, d'un point de vue administratif, comme étant semblables pour l'essentiel aux PCGR au Canada ou, du moins, qu'elle publie les critères qu'elle considère pertinents lorsqu'elle se prête à un tel examen.

Dans le cas d'une participation déterminée dans une entité non résidente qui, elle-même, détient une participation notable dans une autre entité, le contribuable peut faire le choix de ne pas refléter les participations directes dans la société dans laquelle une participation notable est détenue¹¹. Le contribuable doit faire ce choix par écrit pour chaque année d'imposition. En vertu de ce choix, le contribuable considérera que la société étrangère détient directement les biens appartenant à la société dans laquelle une participation notable est détenue en proportion de la participation dans celle-ci. La règle de la transparence, qui ne s'applique qu'à condition que les états financiers de la société non résidente n'incluent pas les biens et les dettes de l'autre entité, fait en sorte que la JVM de la société dans laquelle la société non

¹⁰ Al. 94.1(2)b) L.I.R.

¹¹ Al. 94.1(2)j) L.I.R.

résidente détient une participation notable soit réputée nulle, tandis que tous les biens et les dettes qui seraient évalués pour les besoins du bilan de celle-ci sont réputés lui appartenir. La formule servant à déterminer la valeur comptable des biens attribuables à l'entité non résidente tient compte de la participation et des dettes détenues par l'entité non résidente dans l'autre entité sur le total des participations et des dettes émises par celle-ci. La règle de transparence s'applique également aux investissements détenus dans des sociétés de personnes et dans des fiducies, à condition que l'entité donnée et des entités liées détiennent au moins 25 % de la valeur de celles-ci. Cependant, les contribuables qui détiennent des participations dans des entités non résidentes qui, elles-mêmes, détiennent des participations notables vont souvent ne pas avoir accès à l'information requise pour faire le choix d'employer la règle de transparence.

Tel qu'il a été indiqué précédemment, un contribuable peut aussi faire le choix d'évaluer tous les biens d'une entité à leur JVM, à condition que tous ces biens soient évalués pour les fins des états financiers de cette entité. Ce choix doit être fait par écrit pour chaque année d'imposition du contribuable. Ce choix crée certaines difficultés lorsque les biens d'une entité doivent être évalués à leur JVM à une date donnée. Même si les renseignements nécessaires pour se prêter à une telle évaluation étaient disponibles, le coût lié à cet exercice sur une base annuelle sera, dans la plupart des cas, démesuré. De plus, un tel choix ne permet pas de tenir compte de la valeur des biens intangibles générés par l'entreprise, comme l'achalandage, la main d'œuvre, le savoir-faire, etc. En effet, seuls les biens évalués aux fins des états financiers de l'entité peuvent être pris en compte.

2.1.2. Le test lié à l'entreprise

Afin de déterminer si la principale activité d'une entité non résidente consiste à exploiter une entreprise autre qu'une entreprise de placement, on doit examiner les faits et les circonstances en cause. Dans la version antérieure des propositions législatives concernant les EPÉ, une entité étrangère n'aurait pas été une EPÉ si son « entreprise principale » n'était pas une entreprise de placement. Dans la version actuelle, ce terme a été remplacé par celui de « principale activité » en raison de certaines positions mises de l'avant par des contribuables qui prétendaient qu'en l'absence de toute entreprise, une entité non résidente ne pouvait être une EPÉ. Cependant, en colmatant cette brèche potentielle, le ministère des Finances a omis de modifier les termes pertinents à la détermination de la « principale activité » d'une entité. Ainsi, les propositions actuelles font toujours

référence aux critères servant à « déterminer si l'entreprise principale d'une entité est une entreprise de placement »¹². (Notre soulignement)

Un contribuable peut faire le choix de réputer que l'entreprise principale d'une entité non résidente ne soit pas une entreprise de placement à condition que le « résultat comptable net » de l'entité, tiré de biens de placement et d'entreprises de placement, soit inférieur à celui tiré d'entreprises autres que d'entreprises de placement¹³. Le résultat comptable net est le revenu net de l'entité, avant l'impôt sur le revenu et les éléments extraordinaires, inclus dans les états financiers¹⁴. Une entreprise de placement est une entreprise autre qu'une « entreprise exempte », dont le principal objet consiste à tirer un revenu de biens, d'assurance, d'affacturage de comptes clients ou des bénéfices de la disposition de biens de placement. Cette définition englobe donc la plupart des sociétés de portefeuille ainsi que les sociétés de fonds mutuels. Les entreprises exemptes sont définies comme étant celles exploitées à titre de banque étrangère, de société de fiducie, de caisse de crédit, de compagnie d'assurance et, dans certains cas, de négociateur ou courtier en valeurs mobilières (à condition que l'entreprise soit exploitée principalement avec des personnes avec qui l'entité n'a pas de lien de dépendance). De plus, certaines entreprises dont l'objet principal est l'aménagement de ressources naturelles, la location de matériel de transformation, de biens fabriqués ou d'immeubles, ou encore la vente d'immeubles, sont également des entreprises exemptes. Pour de nombreux contribuables, il sera difficile de déterminer l'entreprise principale (ou la principale activité) d'une entité étrangère dans laquelle ils auront investi sur la base des faits et circonstances en cause. En effet, les faits et circonstances entourant les participations détenues par des multinationales sont souvent complexes et ne sont ni dévoilés ni à la portée de la majorité des contribuables.

2.2. LES EXCEPTIONS À L'APPLICATION DES RÈGLES

Les conditions d'application des règles sur les EPÉ exigent que soit détenue une participation déterminée dans une EPÉ à la fin de son année d'imposition, que le contribuable ne soit pas un « contribuable exempté » et finalement que la participation ne soit pas une « participation exempte »¹⁵.

¹² Al. 94.1(2)e) L.I.R.

¹³ S.-al. 94.1(2)e)(ii) L.I.R.

¹⁴ Par. 94.1(1) « résultat comptable net » L.I.R.

¹⁵ Par. 94.1(3) L.I.R.

Les contribuables exemptés sont ceux qui sont exemptés de l'impôt de la Partie I par l'effet du paragraphe 149(1) L.I.R., certaines fiducies dont les bénéficiaires sont exemptés d'impôt ainsi que les particuliers qui n'ont jamais résidé au Canada pendant plus de 60 mois¹⁶.

2.2.1. Participation exempte

Une participation exempte est définie comme une participation déterminée détenue dans une EPÉ si l'entité est une société étrangère affiliée contrôlée (ci après « SÉAC ») du contribuable, une entité admissible, une société de personnes, un bien évalué à la valeur du marché détenu par une institution financière, certains droits prévus par un régime d'option d'achat d'actions ou certains fonds d'investissements dont le résultat comptable est versé aux employés récipiendaires.

Il convient de souligner qu'une participation détenue par un contribuable dans une SÉAC ou dans une société de personnes peut être une participation déterminée dans une EPÉ; cependant, une telle participation ne sera pas assujettie aux règles d'inclusion à titre de revenu, puisqu'il s'agira d'une participation exempte. Lorsque la SÉAC détient une participation dans une EPÉ, la SÉAC est considérée être le contribuable aux fins des règles sur les EPÉ et le revenu calculé selon ces règles est inclus dans le revenu étranger accumulé tiré de biens (ci-après « RÉATB ») de la SÉAC qui, à son tour, sera inclus à titre de revenu du contribuable. Un contribuable ayant une participation admissible dans une société étrangère affiliée peut faire un choix, en la forme prescrite, de considérer celle-ci comme une SÉAC; le résultat de ce choix fait en sorte que l'entité étrangère est assujettie aux règles du RÉATB plutôt qu'aux règles touchant les EPÉ, et ce, tant que l'entité étrangère sera une société étrangère affiliée du contribuable. Ce choix, qui ne peut être révoqué, sera réputé ne pas avoir été fait si le contribuable ne fournit pas certains renseignements au ministre du Revenu national dans un délai de 60 jours suivant une demande formulée par celui-ci. La législation proposée qui mettra en vigueur les règles sur les EPÉ stipule que tout choix qui doit être fait par un contribuable sera réputé avoir été fait dans les délais impartis s'il est produit à la date limite pour la production de sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition qui inclut la date de la sanction royale des propositions législatives¹⁷. Ainsi, si les propositions législatives sont sanctionnées en 2004, les contribuables ayant des fins d'année fiscales au 31 décembre devront faire les choix prescrits au

¹⁶ Par. 94.1(1) « contribuable exempté » L.I.R.

¹⁷ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 3, octobre 2003, par. 16(2).

plus tard le 30 avril 2005 dans le cas des particuliers et au plus tard le 30 juin 2005 dans le cas des sociétés. Un contribuable peut faire un choix dans sa déclaration de revenus relativement à une année d'imposition se terminant avant la sanction royale des propositions même si l'ARC n'accepte normalement de tels choix concernant des propositions législatives que si celles-ci ont déjà été déposées à la Chambre des communes pour une première lecture, ce qui n'a toujours pas eu lieu.

Tel qu'il a été indiqué précédemment, une société de personnes non résidente peut être une EPÉ en vertu des règles proposées. Cependant, une participation déterminée dans une telle EPÉ est une participation exempte et n'est donc pas directement assujettie aux règles concernant les EPÉ. Comme pour les SÉAC, cela n'exclut pas l'application des règles sur les EPÉ quant aux participations détenues par la société de personnes. En effet, la société de personnes est considérée être le contribuable aux fins des règles et l'examen du statut d'EPÉ sera effectué quant aux participations détenues par la société de personnes. Si la participation dans une EPÉ n'est pas une participation exempte, la société de personnes répartit son revenu d'EPÉ aux associés membres en fonction du pourcentage de leurs participations respectives en vertu de l'article 96 L.I.R. Lorsqu'un contribuable détient une participation dans une entité étrangère qui, elle-même, est associée dans une société de personnes non résidente, cette participation peut être pertinente pour l'application des tests servant à déterminer si l'entité non résidente est une EPÉ.

Une participation dans une EPÉ est également une participation exempte s'il est raisonnable de conclure que le contribuable ne cherche pas à éviter l'impôt et qu'il respecte l'un des deux critères suivants :

- la participation est une participation sans lien de dépendance, l'entité réside dans un pays où il y a une Bourse de valeurs visée par règlement et des participations identiques sont négociées sur une Bourse de valeurs visée; ou
- l'entité est régie et a été constituée en vertu des lois d'un pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale en vertu de laquelle l'entité est résidente de ce pays et la participation est une « participation sans lien de dépendance ».

Les Bourses de valeurs visées par règlement sont celles énumérées à l'article 3201 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*¹⁸. Une entité résidente en Grèce ou en Turquie, pays qui n'ont pas encore de convention fiscale en vigueur avec le Canada et n'ont pas de Bourses de valeurs visées par règlement, ne pourrait se qualifier comme participation exempte même si ses actions étaient cotées sur une Bourse de valeurs visée par règlement. La majorité des contribuables n'auront pas accès aux renseignements leur permettant de déterminer le pays dans lequel l'entité est résidente aux fins fiscales.

Les règles sur les EPÉ définissent une participation sans lien de dépendance comme étant une participation dans une entité non résidente où il est raisonnable de conclure qu'au moins 150 personnes détiennent chacune des participations identiques ayant une valeur de 500 \$ chacune, que le contribuable ne détient pas, conjointement ou à lui seul, plus de 10 % de la valeur des participations déterminées identiques et qu'il est raisonnable de conclure que des participations identiques puissent être acquises et vendues par le public sur le marché libre. Le ministère des Finances a émis une lettre de confort¹⁹ dans laquelle il confirme que certaines modifications seront apportées à ces critères afin que le langage des règles antérieurement proposées soit retrouvé, c'est-à-dire qu'il soit raisonnable de prétendre que des participations identiques « puissent normalement être achetées de l'entité non-résidente et vendues à celle-ci par le public ». Selon le ministère des Finances, la modification contenue dans les règles proposées actuelles était motivée par un désir de simplicité plutôt que par désir de modifier le fond du test.

Le test de la participation sans lien de dépendance est plus souple que le test antérieur qui exigeait qu'une participation soit largement répartie et activement négociée. Selon le test actuel, il suffit qu'il soit raisonnable de croire qu'au moins 150 personnes détiennent chacune des participations déterminées identiques d'une valeur de 500 \$ chacune. Ce test subjectif assouplit le test antérieur qui exigeait qu'un contribuable détermine de façon absolue que le critère était satisfait. Cela l'aurait forcé à obtenir chaque année les renseignements lui permettant de confirmer que le nombre d'actionnaires ayant des participations d'au moins 500 \$ n'a jamais fluctué sous la barre des 150 actionnaires, à cause de dispositions d'actions ou de fluctuations dans les cours de change.

¹⁸ C.R.C., 1978, c. 945 et mod.

¹⁹ CANADA, ministère des Finances, lettre de confort, 1^{er} décembre 2003.

Afin de se prévaloir des exceptions énumérées ci-dessous quant à des participations exemptes, il doit être raisonnable de conclure que le contribuable ne cherche pas à éviter l'impôt relativement à la participation donnée. Il est quelque peu étrange que cette exigence se retrouve dans les règles proposées. En effet, l'article 94.1 L.I.R. actuel, qui traite des fonds de placement non résidents était peu invoqué par l'ARC puisque, selon le ministère des Finances, la preuve d'une intention d'éviter l'impôt était difficile à faire. Selon les règles proposées, ce sera au contribuable de démontrer l'absence d'une telle intention; le fardeau de la preuve est ainsi une fois de plus reporté sur les épaules des contribuables plutôt qu'entre les mains de l'ARC. L'effet de ce transfert du fardeau de preuve demeure incertain puisque le nouveau test est plutôt subjectif. Il est étonnant de constater que quatre alinéas complets du paragraphe 94.1(2) L.I.R. traitent de la question d'évitement d'impôt²⁰. Un motif d'évitement d'impôt est réputé lorsqu'il est raisonnable de conclure qu'un contribuable a acquis, détient ou a la participation donnée principalement en vue de différer ou de réduire l'impôt à payer. Afin de déterminer si un contribuable cherche à éviter l'impôt, les facteurs suivants doivent être considérés : la nature, l'organisation et les activités de l'entité, la mesure et le moment dans lequel l'entité est sujette à l'impôt, ainsi que le moment et le montant d'impôt auquel le contribuable est assujéti²¹.

Le contribuable sera réputé ne pas chercher à éviter l'impôt relativement à une participation déterminée dans une entité se qualifiant comme une *Regulated Investment Company* ou une fiducie se qualifiant comme *Real Estate Investment Trust* au sens de l'*Internal Revenue Code* américain²², ainsi qu'une participation déterminée dans une entité qui verse la totalité ou la presque totalité de son résultat comptable net au contribuable dans l'année ou dans les 120 jours suivant la fin de l'année²³.

2.3. RÉGIME DU REVENU IMPUTÉ (LE RÉGIME DE BASE)

La méthode de calcul du revenu imputé constitue le régime de base pour l'application des règles proposées concernant les EPÉ. En l'absence d'un choix contraire, cette méthode s'applique aux participations déterminées d'un contribuable (autre qu'un contribuable exempt) dans une EPÉ qui ne

²⁰ Al. 94.1(2)k) à n) L.I.R.

²¹ Al. 94.1(2)l) L.I.R.

²² Al. 94.1(2)n) L.I.R.

²³ Al. 94.1(2)m) L.I.R.

sont pas des participations exemptes à la fin de son année d'imposition. De plus, l'EPÉ doit avoir une fin d'année d'imposition dans l'année d'imposition du contribuable²⁴.

2.3.1. Participation déterminée

Une participation déterminée est définie comme étant une action d'une société non-résidente, une participation désignée dans une fiducie, une participation dans toute autre entité non résidente ou un bien convertible ou autrement échangeable contre un des biens énumérés ci-dessus ou contre un autre bien dont la JVM est déterminée principalement en fonction de la JVM d'un des biens énumérés ci-dessus. Une exception s'applique si le bien convertible ne peut être échangé que contre de l'argent. Un contribuable qui ne détient pas d'actions ou autres participations dans une entité non résidente mais détient simplement un droit dont la JVM est déterminée selon la valeur des actions d'une entité non résidente et qui ne peut être échangé que contre de l'argent, ne détiendrait pas une participation déterminée dans une EPÉ. L'ARC a émis une interprétation technique confirmant que des produits financiers dérivatifs qui ne peuvent être échangés contre un bien autre que de l'argent ne seraient pas assujettis aux règles sur les EPÉ²⁵. Cette exemption liée à l'échange d'un droit contre de l'argent était absente des propositions législatives antérieures et n'a été ajoutée que dans les règles actuelles.

2.3.2. Formule d'inclusion à titre de revenu

Le montant devant être inclus à titre de revenu est déterminé comme étant le produit obtenu par la multiplication du « coût désigné » de la participation déterminée par 1/12 du taux d'intérêt prescrit²⁶ pour chaque mois durant lequel le contribuable détient sa participation. Le montant du revenu imputé sera ajouté au prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de la participation détenue par le contribuable. Puisque la méthode du taux prescrit fait en sorte qu'un revenu soit imputé au contribuable sans tenir compte du rendement réel de sa participation, la valeur des détentions dans une EPÉ peut baisser tandis qu'un montant de revenu sera imputé

²⁴ Par. 94.1(3) L.I.R.

²⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0023435, 7 novembre 2003.

²⁶ Selon les notes explicatives émises par le ministère des Finances, le taux d'intérêt prescrit sera équivalent au taux des bons du trésor à trois mois majorés de deux points de pourcentage. Pour l'année civile 2003, le taux annuel était de 5,25 % et pour l'année 2004, il se situera à 4,75 %.

annuellement, lequel sera ajouté au PBR de la participation. Si la JVM de la participation demeurerait fixe, il en résulterait que le taux prescrit qui constituerait le rendement réputé de la participation serait un revenu d'EPÉ du contribuable; ce revenu qui serait ajouté au PBR ferait en sorte qu'une perte en capital résulterait de la disposition de la participation. Afin de remédier à cette situation, une disposition²⁷ permet maintenant aux contribuables de déduire, à titre de revenus de biens, la portion de la perte en capital qui résulte des ajouts au PBR de la participation dus aux règles sur les EPÉ. À titre d'exemple, supposons qu'un contribuable acquière une participation au coût de 1 000 \$ en 2004 et que le revenu imputé en 2004 soit de 47,50 \$, lequel montant sera également ajouté au PBR de la participation. Si la JVM de la participation baissait et que le contribuable disposait de sa participation au prix de 800 \$, le résultat serait une perte autre qu'en capital de 47,50 \$ et une perte en capital de 200 \$. En vertu des propositions législatives antérieures, le résultat aurait été une perte en capital de 247,50 \$.

2.3.3. Coût désigné

Le coût désigné d'une participation déterminée correspond à la somme des éléments suivants :

- a) le coût indiqué de la participation pour le contribuable;
- b) les sommes incluses à titre de revenu en vertu de l'article 94.1 L.I.R. pour les années d'imposition se terminant après 2002;
- c) les sommes incluses à titre de revenu en vertu de l'article 94.1 L.I.R. antérieur si l'entité était auparavant un fonds de placement non résident;
- d) si la participation a été acquise par le contribuable avant 2003, l'excédent de la JVM à la fin de cette dernière année d'imposition sur son coût indiqué pour le contribuable;
- e) les augmentations de valeur découlant de dons, de prêts ou de transferts pour un montant inférieur à la JVM; et
- f) si la participation est acquise après 2002, l'excédent de sa JVM sur son coût indiqué pour le contribuable.

²⁷ Par. 94.1(5) L.I.R.

De la somme des éléments a) à f), on doit retrancher l'élément g) suivant :

- g) si la participation a été acquise par le contribuable avant 2003, l'excédent de son coût indiqué pour le contribuable à la fin de cette dernière année d'imposition sur sa JVM à la fin de cette même année.

L'élément d) augmente le coût désigné de la participation à sa JVM au début de la première année d'imposition durant laquelle les règles s'appliquent si l'EPE n'était pas auparavant assujettie aux règles antérieures de l'article 94.1. L'élément g), quant à lui, diminue le coût désigné de la participation à sa JVM au début de la première année d'imposition durant laquelle les règles s'appliquent. Ces ajustements font en sorte qu'une participation acquise avant 2003 et qui n'était pas auparavant assujettie aux règles de l'article 94.1 L.I.R. aura un coût désigné égal à sa JVM au dernier jour de l'année d'imposition ayant débuté avant 2003. L'élément g) a été ajouté aux propositions législatives du 30 octobre 2003 par suite de nombreuses représentations de contribuables et de fiscalistes qui soulignaient le caractère inéquitable d'un ajustement qui ne pouvait être auparavant qu'à la hausse et qui aurait été des plus punitif si la JVM d'une participation avait chuté avant 2003.

2.4. RÉGIME D'ÉVALUATION À LA VALEUR DU MARCHÉ

Le choix d'utiliser le régime d'évaluation à la valeur du marché constitue l'une des deux possibilités dont peuvent se prévaloir les contribuables qui ne veulent pas être assujettis au régime du revenu imputé. Le régime d'évaluation à la valeur du marché est cependant obligatoire pour les polices d'assurance étrangères. Ce régime était également obligatoire pour les participations de références en vertu des propositions législatives antérieures, mais il ne l'est plus sous les propositions actuelles. Afin de se prévaloir de cette méthode, le contribuable doit en faire le choix par écrit dans sa déclaration de revenus pour la première année durant laquelle les règles sur les EPE s'appliquent relativement à sa participation²⁸. Ce choix sera réputé avoir été fait dans les délais impartis s'il est produit avec la déclaration de revenus du contribuable pour l'année d'imposition durant laquelle la sanction royale aura lieu²⁹.

²⁸ S.-al. 94.2(3)b)(iii) L.I.R.

²⁹ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 3, octobre 2003.

2.4.1. Inclusion à titre de revenu

Selon la méthode d'évaluation à la valeur du marché, le montant des fluctuations annuelles de la JVM d'une participation dans une entité étrangère est soit inclus à titre de revenu (dans le cas d'augmentations de la JVM), soit déduit (dans le cas de diminutions de la JVM) lorsque la participation est détenue tout au long de l'année. Si une participation est acquise ou vendue durant une année d'imposition, certains ajustements additionnels s'appliquent. Le choix d'utiliser la méthode d'évaluation à la valeur du marché ne peut être effectué qu'à condition que la participation ait, tout au long de l'année, une « JVM vérifiable ». Le terme « JVM vérifiable » est défini et exige que des participations identiques soient négociées à une Bourse de valeurs visée par règlement ou que des participations identiques aient, tout au long de l'année, un prix de rachat déterminé. Lorsque la méthode d'évaluation à la valeur du marché s'applique, la participation ne sera pas considérée comme étant de nature capital³⁰. Toutefois, lorsqu'un contribuable dispose d'une telle participation, l'imposition de celle-ci sera analogue à un gain ou une perte en capital, comme décrit ci-après.

2.4.2. Montant de report

Un report est prévu relativement à la plus-value (c'est-à-dire le gain latent) égale à l'excédent entre la JVM de la participation au moment où celle-ci fut assujettie au régime d'évaluation à la valeur du marché et le prix d'acquisition de celle-ci par le contribuable. Si la participation dans l'entité étrangère est un bien de nature capital, la moitié du gain (ou de la perte) accumulé est reportée jusqu'au moment où le contribuable dispose de la participation. Lorsqu'il en dispose, la moitié de ce gain est inclus à titre de revenu. Quoique le résultat puisse sembler analogue puisque seulement 50 % du gain est assujetti à l'impôt, le gain ou la perte sera de nature autre que capital. La raison d'être du montant de report est de différer le gain (ou la moitié du gain s'il s'agit de biens de nature capital) qui n'a pas encore été réalisé jusqu'à ce que le contribuable dispose de sa participation. Le report n'entre en ligne de compte que si le contribuable détenait déjà sa participation au début de la première année d'imposition débutant après 2002. Le contribuable inclura le montant de report dans son revenu lorsqu'il disposera de sa participation, à moins qu'il ne se prévale du choix d'inclure ce montant dans une année antérieure.

³⁰ S.-al. 39(1)a)(ii.3) L.I.R.

À titre d'exemple, supposons qu'un contribuable acquière une participation dans une entité étrangère au coût de 1 000 \$ en 2001. Le 31 décembre 2002, la JVM de sa participation atteint 3 000 \$. Le 31 décembre 2003, la JVM de la participation s'établit à 2 000 \$ et la participation est vendue au prix de 2 500 \$ le 30 septembre 2004. L'impact de la méthode de l'évaluation à la valeur du marché sur valeurs décrite ci-dessus est le suivant :

- le montant de report sera de 1 000 \$ (soit la moitié de l'excédent de la JVM de la participation de 3 000 \$ sur son coût de 1 000 \$, à condition qu'il s'agisse d'un bien en immobilisation);
- pour l'année d'imposition se terminant le 31 décembre 2003, le contribuable pourra réclamer une déduction de 1 000 \$ (soit la moins-value entre la JVM au 31 décembre 2002 et celle au 31 décembre 2003); et
- un montant de 1 500 \$ devra être déclaré à titre de revenu en 2004 (soit la somme du montant de report de 1 000 \$ et de la plus-value entre la JVM au 31 décembre 2003 et la valeur de disposition).

Le résultat net de cet exemple est un revenu de biens de 500 \$ plutôt qu'un gain en capital de 1 000 \$ dont la moitié serait assujéti à l'impôt. Certains contribuables pourraient donc préférer un gain ou une perte de bien sous le régime d'évaluation à la valeur du marché plutôt qu'un gain ou une perte en capital sous le régime de base.

Un contribuable peut faire le choix d'utiliser la méthode d'évaluation à la valeur du marché à condition que le paragraphe 94.1(3) L.I.R. s'applique en l'absence d'un tel choix³¹. Le paragraphe 94.1(3) L.I.R., quant à lui, exige la détention par le contribuable d'une participation à la fin de l'année d'imposition de l'entité. Ainsi, un choix effectué dans l'année 1 du contribuable fera en sorte qu'une inclusion sous le régime d'évaluation à la valeur du marché soit requise. Cependant, si le contribuable dispose de sa participation dans l'entité dans l'année 2, avant la fin de l'année d'imposition de celle-ci, aucune inclusion ne sera requise. Ce résultat est identique sous le régime de base. Toutefois, sous le régime de base, le gain non réalisé au début de l'année 1 sera assujéti à l'impôt lors de la disposition dans l'année 2. Sous le régime de l'évaluation à la valeur du marché, le montant de report ne doit être ajouté au revenu du contribuable

³¹ Par. 94.2(3) et s.-al. 39(1)a)(ii.3) L.I.R.

que si le paragraphe 94.1(3) L.I.R. s'applique, ce qui n'advient que si le contribuable détient une participation dans l'entité à la fin d'année d'imposition de celle-ci, et n'advient pas si le contribuable dispose de la participation avant la fin d'année de l'entité. Sous le régime de base, ce résultat s'explique par l'inclusion, à titre de gain en capital, de la différence entre le produit de disposition et le PBR. Cependant, sous le régime de l'évaluation à la valeur du marché, le gain résultant de la disposition d'une telle participation est réputé être nul³² et conséquemment, le gain lié à plus-value antérieure à la première année d'imposition durant laquelle les règles sur les EPÉ trouvent application pourrait ne pas être assujetti à l'impôt. Ce résultat semble aussi inattendu que l'autre résultat possible voulant que le gain ne soit pas exempt d'imposition en vertu du sous-alinéa 39(1)a(ii.3) L.I.R. puisque le paragraphe 94.2(3) L.I.R. ne s'applique pas au contribuable **pour l'année** de la disposition. Sous cet angle, la disposition serait assujettie à l'imposition sans que le PBR de la participation ne soit ajusté pour tenir compte des inclusions ou des déductions à titre de revenu dans les années antérieures, puisque aucun ajustement au PBR n'a lieu sous le régime de l'évaluation à la valeur du marché. Une double imposition résulte de cette deuxième lecture des dispositions législatives. Il est presque certain qu'il s'agit là d'une erreur technique. Les notes explicatives indiquent de plus que le montant de report sera inclus dans le calcul du revenu dans l'année durant laquelle la disposition de la participation a lieu. Cette anomalie a été signalée au ministère des Finances; aucun commentaire n'a été reçu à ce sujet.

2.4.3. Inclusion à titre de gain en capital

Une participation qui constitue une immobilisation du contribuable et dont la totalité ou presque des sommes qui seraient déterminées en vertu du régime d'évaluation à la valeur du marché serait attribuée soit à des gains en capital ou encore à des augmentations ou des diminutions de la JVM d'immobilisations, donnera lieu à des gains ou des pertes en capital plutôt qu'à un revenu autre qu'en capital³³. Dans bien des cas, il sera cependant difficile, voire impossible, de déterminer si ces critères sont remplis sur la base des renseignements limités auxquels les contribuables auront normalement accès.

³² S.-al. 39(1)a(ii.3) L.I.R.

³³ Par. 94.2(20) L.I.R.

2.4.4. Polices d'assurance étrangères

Les contribuables qui détiennent des investissements étrangers sous forme de polices d'assurance étrangères n'auront d'autre choix que d'employer la méthode d'évaluation à la valeur du marché³⁴. Cependant, les polices d'assurance étrangères suivantes ne sont pas assujetties à la méthode d'évaluation à la valeur du marché : celles dont l'acquisition a lieu plus de 60 mois avant que le contribuable ne devienne un résident du Canada, celles dont les prestations ne sont payables que par suite de la réalisation de risques assurés ainsi que celles en vertu desquelles le contribuable peut établir qu'une somme a été ajoutée à son revenu en application de l'article 12.2 L.I.R.³⁵ L'ARC a produit une interprétation technique qui confirme que les dispositions proposées concernant les polices d'assurance étrangères ne s'appliquent pas aux polices d'assurance qui n'ont aucun volet lié à l'épargne ou à l'investissement³⁶.

2.5. RÉGIME D'ATTRIBUTION ANNUELLE

Le régime d'attribution annuelle constitue le troisième régime dont peuvent se prévaloir les contribuables. Ce régime, qui avait été éliminé des propositions législatives publiées en 2002, ne peut être utilisé pour les participations qui constituent des polices d'assurance étrangères ou des participations de référence. Afin de se prévaloir du régime d'attribution annuelle, on exige du contribuable qu'il produise, en même temps que sa déclaration d'impôt pour l'année en question, un formulaire prescrit ainsi que certains renseignements prescrits³⁷. Les notes explicatives stipulent que les renseignements prescrits envisagés sont les états financiers de l'entité, les calendriers des déductions pour amortissement, les détails de gains et pertes en capital, un calcul détaillé de l'impôt déterminé attribuable au contribuable, le détail du rapprochement entre le revenu comptable et le revenu aux fins de l'impôt et une description des provisions exigées. La majorité des contribuables ne pourra employer ce régime puisque ces renseignements ne seront pas, dans la plupart des cas, à leur portée. En particulier, on peut difficilement envisager que les particuliers assujettis aux règles sur les EPÉ soient en mesure d'obtenir ces renseignements avant la

³⁴ Al. 94.2(3)a) L.I.R.

³⁵ Al. 94.2(11)c) L.I.R.

³⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0177705, 20 décembre 2002.

³⁷ Al. 94.3(4)e) L.I.R.

date de production de leur déclaration, soit le 30 avril, dans la mesure où les entités étrangères n'auront normalement pas complété ces calculs. En effet, la date de production de leur déclaration sera souvent subséquente à cette date. Les fonctionnaires du ministère des Finances ont confirmé que le choix d'utiliser cette méthode ne sera pas possible pour la majorité des contribuables. Ce choix est possible pour les participations détenues dans des entités dans lesquelles les contribuables peuvent exercer un certain contrôle. Cependant, ce choix n'est pas possible (ni même pertinent, puisqu'il s'agira d'une participation exempte) dans le cas le plus probable où un contribuable aura accès à de tels renseignements détaillés, soit une participation dans une SÉAC.

2.5.1. Inclusion à titre de revenu

Le régime d'attribution annuelle exige du contribuable qu'il calcule le revenu de l'entité étrangère comme s'il s'agissait d'un contribuable canadien sous des règles fiscales canadiennes quelque peu modifiées. Il doit ensuite s'attribuer un revenu en proportion de la JVM de sa participation dans cette entité, compte tenu de la JVM de toutes les participations. Cet exercice se rapproche quelque peu de l'attribution qui serait faite par un associé membre d'une société de personnes étrangère. Cette méthode d'attribution est également appliquée dans le cas d'une perte générée par l'entité étrangère.

Les contribuables doivent donc déterminer si le revenu probable gagné par l'entité non résidente au cours de toute la période de détention sera supérieure ou non au rendement réputé sous le régime de base et supérieur ou non à l'augmentation de la JVM de la participation dans l'entité étrangère. Si le rendement anticipé de l'entité étrangère est inférieur à celui qui serait réputé sous les autres régimes, le choix d'utiliser le régime d'attribution annuelle pourrait réduire le revenu tiré d'une EPÉ. Ce choix n'est pas possible si les renseignements requis ne sont pas disponibles, si le contribuable est lui-même une EPÉ³⁸, si la participation est une participation de référence³⁹ ou une police d'assurance étrangère⁴⁰, ou si la participation n'est pas une immobilisation du contribuable⁴¹. Ce choix doit être effectué à la date d'échéance de production de la déclaration du contribuable pour la première année d'imposition où les règles s'appliquent à lui relativement à la

³⁸ S.-al. 94.3(2)b)(ii) L.I.R.

³⁹ S.-al. 94.3(2)b)(i) L.I.R.

⁴⁰ Par. 94.2(3) et s.-al. 39(1)a)(ii.3) L.I.R.

⁴¹ Al. 94.3(3)d) L.I.R.

participation. La législation proposée qui mettra en vigueur les règles sur les EPÉ stipule que ce choix sera réputé avoir été fait dans les délais impartis s'il est fait à la date limite pour la production de la déclaration de revenus du contribuable pour l'année d'imposition qui inclut la date de la sanction royale des propositions législatives⁴².

2.5.2. Participations de référence

La détention d'une participation de référence ne permettra pas au contribuable d'employer le régime d'attribution annuelle. Une entité de référence est définie comme étant une entité non résidente dont moins de 90 % de la JVM de ses biens est constituée de biens de référence et dont la JVM des biens de référence qui sont des biens de placement dépasse 50 % de la JVM totale de ces biens. Les biens de référence appartenant à une entité de référence sont ceux dont le droit de recevoir un paiement de quelque manière que ce soit, ou dont la valeur sont déterminés principalement d'après un ou plusieurs des critères suivants : l'utilisation des biens, la production, les gains ou les bénéfices tirés de leur disposition, le revenu, les bénéfices ou les flux de trésorerie en provenant, ou tout autre critère semblable.

Les contribuables devront être attentifs aux critères énumérés ci-dessus puisque certaines actions de sociétés ou autres biens de référence pourraient constituer des biens de référence lorsque l'un ou plusieurs de ces critères sont rencontrés. Les dispositions concernant les participations de référence ne s'appliqueront pas aux participations désignées qui sont des participations exemptes, mais pourront s'appliquer à des participations dans des entités admissibles, aux options d'achat d'actions, aux participations dans des fonds d'investissement et dans d'autres participations désignées.

3. ABSENCE DE ROULEMENTS EN FRANCHISE D'IMPÔT

Les dernières propositions législatives relatives aux EPÉ renferment un élément plutôt punitif qui était tout à fait imprévu. En effet, la plupart des roulements d'actions dans des EPÉ ne pourront être effectués en franchise d'impôt. Cette modification n'avait pas été annoncée antérieurement à la publication des nouvelles propositions et pourrait avoir une incidence extrêmement défavorable sur les transactions qui ont eu lieu au cours des 10 premiers mois de 2003, soit avant la publication des nouvelles règles. En effet, cette modification est effective pour les années d'imposition débutant après 2002. Le ministère des Finances a indiqué que cette mesure était

⁴² CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 3, octobre 2003.

nécessaire puisque certains contribuables effectuaient des roulements dans le seul but de retarder l'application des règles sur les EPÉ dans leur première année d'application.

La rétroactivité de cette disposition législative soulève des questions quant à l'équité de la disposition. Le ministère des Finances peut certainement justifier cette modification dans le cas de transactions abusives. Cependant, on peut difficilement comprendre pourquoi le ministère n'a pas fait part de son intention à cet effet. Enfin, certains contribuables auront certainement eu recours aux dispositions de roulement à des fins d'affaires légitimes; dans de tels cas, les propositions rétroactives auront un effet punitif démesuré.

4. PRÉVENTION DE LA DOUBLE IMPOSITION

Les dividendes versés par des EPÉ à des contribuables canadiens, qui doivent être inclus à titre de revenu, pourront être déduits de leur revenu jusqu'à concurrence du moins élevé des montants suivants : l'excédent des sommes incluses dans le calcul du revenu d'un contribuable sur le total des montants déductibles relativement à une participation déterminée et le total des montants à inclure pour l'année en vertu des règles sur les EPÉ. Le mécanisme de prévention de la double imposition a été bonifié depuis les dernières propositions législatives afin d'assurer que les dividendes versés à partir de surplus exonéré, sur lesquels un montant de revenu a déjà été déclaré en vertu des règles sur les EPÉ, soient reçus en franchise d'impôt. L'exemple suivant, qui est décrit dans les notes explicatives, illustre l'application des mesures d'allègement :

Caninc, un contribuable résidant au Canada, ajoute à son revenu un montant de 100 000 \$ par suite de l'application du régime du revenu imputé pour l'année d'imposition 2004 relativement à une participation dans une EPÉ. Durant la même année d'imposition, l'EPÉ verse un dividende de 50 000 \$ à Caninc. Ce dernier ajoute le montant du dividende à son revenu pour l'année en vertu de l'article 90 L.I.R. et réclame une déduction de 20 000 \$ (nous pouvons présumer qu'une partie du dividende a été versée à partir de surplus imposable) en vertu du paragraphe 113(1) L.I.R. Enfin, aucune retenue à la source n'a été payée par Caninc à l'égard du dividende reçu. Le résultat de ce scénario est que Caninc peut déduire dans le calcul de son revenu en vertu du paragraphe 94.4(2) L.I.R. le moins élevé du montant inclus dans son revenu par suite du paiement (le montant inclus en vertu de l'article 90 L.I.R. est de 50 000 \$ et le montant inclus en vertu des règles sur les EPÉ est de 100 000 \$). Dans le cas présent, la déduction maximale permise en vertu du paragraphe 94.4(2) L.I.R. sera de 50 000 \$.

5. DISCRÉTION MINISTÉRIELLE

Les règles sur les EPÉ octroient au ministre du Revenu national la discrétion d'exiger des contribuables la production de certains renseignements et ce, en vertu de plusieurs dispositions proposées⁴³. Si un contribuable n'obtempère pas à l'intérieur d'un délai de 60 jours, ou un délai plus long jugé acceptable par le ministre, le choix ou le bénéfice réclamé par le contribuable ne sera pas accordé. Dans plusieurs cas, le délai de 60 jours ne sera pas suffisant pour qu'un contribuable obtienne, d'une entité étrangère sur laquelle il n'exerce aucun contrôle, des renseignements détaillés. Ni les règles sur les EPÉ ni les notes explicatives ne contiennent les paramètres à l'intérieur desquels le ministre exercera sa discrétion de demander ou non certains renseignements, l'exigence qu'une telle demande soit raisonnable ou les critères afin que le ministre accorde un délai plus long que celui de 60 jours. Aucun appel ni révision de la décision du ministre n'est prévu aux propositions. Ainsi, le seul recours possible contre une décision du ministre sera de demander une révision judiciaire d'une telle décision en invoquant, par exemple, que la décision a été rendue de façon arbitraire et en l'absence d'une occasion, pour le contribuable, de se faire entendre. Certains contribuables se questionnent sur la nécessité de telles mesures octroyant une telle discrétion au ministre.

6. DÉVELOPPEMENTS ADMINISTRATIFS

Les propositions législatives concernant les EPÉ sont en élaboration depuis déjà plus de cinq ans et n'ont toujours pas été finalisées ni sanctionnées. Malgré cela, les contribuables auront été sommés de déclarer leurs revenus tirés de détentions dans des EPÉ dans leurs déclarations de revenus pour l'année 2003. Les particuliers auraient dû s'y conformer dans leurs déclarations produites au plus tard le 30 avril 2004 et les sociétés ayant des fins d'année au 31 décembre 2003 auraient dû s'y conformer au plus tard le 30 juin 2004 (ou même plus tôt s'il s'agissait d'une année de moins de 365 jours ayant débuté en 2003). L'ARC n'a pas jugé opportun de rédiger quoi que ce soit dans les guides à l'intention des contribuables qu'elle a produits pour l'année 2003. On peut se demander pourquoi l'ARC n'a pas jugé qu'il serait pertinent d'éclairer les contribuables sur l'application des règles sur les EPÉ malgré le fait qu'elle ait cru bon d'émettre des opinions techniques sur l'application des règles proposées sur les EPÉ. Les provinces, qui adopteront les mesures fédérales ou élaboreront elles aussi des règles à

⁴³ Al. 94.1(2)(e), i), p), q), r), 94.2(2)(e) et 94.3(2)(b) L.I.R.

peu près identiques⁴⁴, n'ont également émis aucune directive quant à l'application des règles proposées.

Devant cette situation, l'ARC a annoncé, de façon informelle, que l'ébauche d'une politique administrative a été élaborée en vertu de laquelle elle aurait recours aux règles d'équité contenues au paragraphe 220(3.1) L.I.R. afin de renoncer aux pénalités et intérêts applicables au défaut de payer l'impôt dû relativement aux règles proposées sur les EPÉ. L'impôt relatif à l'application des règles sur les EPÉ sera ultimement payable par les contribuables pour les années d'imposition débutant après 2002 à moins de modifications législatives additionnelles. Cependant, les pénalités et intérêts seront, selon l'ARC, pardonnées lorsqu'une demande en ce sens aura été formulée, puisque les contribuables n'ont à ce jour toujours pas pu prendre connaissance de texte législatif final. Il est néanmoins inquiétant que l'ARC soutienne qu'elle n'émettra pas sa politique administrative précitée avant que la législation proposée ne soit finalisée. Entre-temps, les contribuables n'ont d'autre choix que de se fier aux dires de fonctionnaires de l'ARC.

CONCLUSION

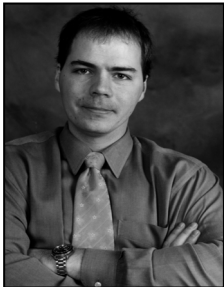
L'ébauche actuelle des propositions législatives sur les EPÉ constitue certes une amélioration sur les propositions antérieures. Le ministère des Finances devrait se féliciter d'avoir été à l'écoute des contribuables. Cependant, les propositions législatives renferment toujours des anomalies et vont bien au-delà de la portée prévue des règles telle que décrite dans l'énoncé budgétaire de 1999. Les contribuables et fiscalistes demeurent frustrés que le ministère des Finances ne se limite pas à viser les contribuables qui détiennent des biens de placement étrangers (en conformité avec le but initial des règles) mais qu'il a plutôt à ce point élargi la portée des règles que plusieurs multinationales canadiennes ayant des projets à l'étranger seront affectées. De plus, plusieurs investissements légitimes, détenus par des contribuables qui n'auront pas accès aux renseignements requis pour pouvoir faire la preuve que l'entité en question n'est pas une EPÉ ou que la participation est une participation exempte, seront assujettis aux règles. Le ministère des Finances devrait prochainement produire une cinquième ébauche des propositions législatives qui, croyons-nous, devrait contenir des modifications relativement mineures; il est toutefois malheureux que toute modification soit maintenant rétroactive. En effet, plusieurs soutiennent qu'il est tout à fait inéquitable que le ministère des Finances

⁴⁴ QUÉBEC, ministère des Finances, *Renseignements supplémentaires sur les mesures du Budget 1999*, 9 mars 1999, p. 106.

introduise des dispositions législatives aussi complexes de manière rétroactive. À ce jour, les contribuables ne connaissent toujours pas la portée finale des règles, ni la façon dont l'ARC cotisera les pénalités et intérêts sur celles-ci.

Le cadre législatif des propositions semble faire fi des questions complexes auxquelles doivent faire face les entreprises qui participent à des activités ou qui ont des détentions à l'étranger. Le coût démesuré des évaluations dans le but de déterminer le coût désigné de toutes les participations étrangères se qualifiant comme EPÉ ne peut se justifier par les objectifs fixés par le ministère des Finances. Enfin, les règles proposées constituent un fardeau excessif en matière de conformité pour les sociétés canadiennes, dont certaines peuvent avoir des centaines de filiales étrangères. Le ministère des Finances prétend que les contribuables qui tentent raisonnablement de se conformer aux dispositions proposées pourront y parvenir. Même si cette prétention était exacte (ce qui est, dans bien des cas, douteux), il faut se demander si le prix de cette conformité à l'échelle du pays a été considéré par le ministère des Finances. Ce fardeau est d'autant plus alourdi que les contribuables auront déjà soumis leurs déclarations de revenus pour l'année 2003 et devront maintenant préparer des déclarations amendées et considérer une foule de choix pour l'année 2003 lorsque les propositions seront finalisées.

**RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS :
PISTES ET SOLUTIONS TIRÉES DE LA JURISPRUDENCE**



Nicolas X. Cloutier

Avocat

Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 7:3

**1. NOTION D’ADMINISTRATEUR : *CORSANO, KALEF*
ET *NEPTUSKY*** 7:5

**2. LA DILIGENCE RAISONNABLE : *SOPER, MCKINNON*
ET *JOBIN*** 7:12

CONCLUSION 7:21

INTRODUCTION

Malgré la personnalité juridique distincte des sociétés et l'existence du voile corporatif, il est bien connu que les administrateurs sont susceptibles d'engager leur responsabilité personnelle s'ils n'agissent pas selon les prescriptions de lois spécifiques, fiscales ou autres, ou du droit général. Les scandales financiers récents en sont d'éloquentes illustrations.

Cette matière a fait l'objet d'une jurisprudence abondante et d'une littérature fouillée, à laquelle il sera fait référence lorsque cela sera nécessaire¹. Ainsi, pour une plus grande pertinence, nous aborderons plus spécifiquement la jurisprudence récente et nous présenterons un cas pratique.

En guise d'entrée en matière, il sera noté que les sources de la responsabilité personnelle des administrateurs sont nombreuses, à la fois de nature civile et pénale, et visent généralement les administrateurs *de jure* et *de facto*.

Les sources de responsabilité civile sont prévues par des lois spécifiques et par le *Code civil du Québec*². Les sources de responsabilité pénale sont prévues par les lois spécifiques et par le *Code criminel*³.

Les lois spécifiques dont il est fait état ci-dessus visent notamment le droit des sociétés, le droit de la faillite et de l'insolvabilité, le droit des valeurs mobilières, le droit du travail, le droit de l'environnement, le droit de la concurrence et, bien entendu, le droit fiscal.

En cette matière, les administrateurs peuvent généralement être tenus responsables de montants dus aux autorités fiscales par la société pour :

¹ Par exemple : Edwin G. KROFT, « The Due Dilligence Defence under Section 227.1: Who is right – Revenue Canada or the Federal Court of Appeal? », (1997), vol. 45, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 549-555; Heinrich WERNER, « An update on Directors' Liability », dans *Current Issues Forum*, 2000 British Columbia Tax Conference, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2000, pp. 1:25-32 et Martha O'BRIEN, « The Director's Duty of Care in Tax and Corporate Law », (2003), 36 U.B.C.L. Rev. 673-691.

² L.Q. 1991, c. 64.

³ L.R.C. (1985), c. C-46 et mod.

- a) le compte de tiers⁴, alors que les administrateurs d'une société peuvent être tenus personnellement responsables du paiement, entre autres, des retenues d'impôt à la source, des cotisations d'assurance-emploi et des taxes à la consommation; ou
- b) son propre compte, lors d'une liquidation ou d'une distribution de biens en l'absence d'un certificat des autorités fiscales l'autorisant.

Les administrateurs pourront aussi, lorsque la société a commis une infraction de nature pénale, être considérés comme parties à l'infraction qu'ils ont autorisée ou à laquelle ils ont acquiescé et être passibles de la peine applicable⁵.

Dans chaque cas, l'administrateur pourra éviter la responsabilité en prouvant qu'il s'est comporté d'une manière prudente et diligente. Ce critère devra s'apprécier selon le sujet visé, les fonctions précises remplies par l'administrateur, son expertise particulière, son degré d'engagement au sein de la société ainsi que les autres circonstances particulières à chaque situation.

De façon plus spécifique, en matière fiscale fédérale, les administrateurs peuvent être tenus responsables personnellement et solidairement envers les autorités fiscales en vertu de la :

- a) *Loi de l'impôt sur le revenu*, à l'article 227.1 (principalement pour les obligations prévues aux articles 153 et 215);
- b) *Loi sur la taxe d'accise*⁶, au paragraphe 323(1);
- c) *Loi sur l'assurance-emploi*⁷, à l'article 83; et
- d) *Loi sur le régime de pensions du Canada*⁸, à l'article 21.1.

⁴ Ce texte abordera principalement la responsabilité potentielle des administrateurs pour des montants payables par une société pour le compte de tiers.

⁵ En vertu de l'article 242 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. ») ou de l'article 68 de la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

⁶ L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »).

⁷ L.R.C. 1996, c. 23.

⁸ L.R.C. (1985), c. C-8.

En matière de fiscalité provinciale, les administrateurs peuvent être tenus personnellement responsables envers Revenu Québec en vertu de l'article 24.0.1 L.M.R.

Finalement, et tel qu'il est mentionné plus haut, tant en vertu du paragraphe 159(2) L.I.R. que de l'article 14 L.M.R., un administrateur peut aussi engager sa responsabilité lorsqu'il consent, acquiesce ou participe à une distribution de biens de la société sans avoir obtenu un certificat des autorités fiscales l'autorisant.

1. NOTION D'ADMINISTRATEUR : **CORSANO, KALEF ET NEPTUSKY**

Les lois fiscales ne définissent pas la notion d'administrateur et ne font référence à aucun critère utile pour en déterminer la portée.

De façon générale, la notion d'administrateur englobe toute personne qui agit à ce titre, bien que la loi d'incorporation applicable demeure toujours pertinente.

Dans l'affaire *La Reine c. Corsano et autres*⁹, la Cour d'appel fédérale a jugé que :

- a) le paragraphe 227.1(1) L.I.R. vise tous les types d'administrateurs reconnus en droit corporatif, notamment les administrateurs *de jure* et *de facto*¹⁰;
- b) la loi d'incorporation est pertinente, bien qu'elle ne soit pas nécessairement déterminante, pour établir si un contribuable était administrateur aux fins du paragraphe 227.1(1) L.I.R.; et
- c) la norme de diligence imposée par le paragraphe 227.1(1) L.I.R. est la même pour tous les types d'administrateurs reconnus en droit corporatif, bien qu'elle soit d'application souple et qu'elle considère l'ensemble des faits pertinents.

Dans cette affaire, les administrateurs étaient bénévoles pour une corporation sans but lucratif visant à faire la promotion de l'activité

⁹ 99 D.T.C. 5658 (C.A.F.) (demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée à [1999] S.C.C.A. N° 260) (ci-après « *Corsano* »).

¹⁰ L'analyse de M. le juge Noël, (le juge Desjardins, J.C.A., y souscrivant) peut paraître moins tranchée, mais elle mène au même résultat.

économique dans la municipalité de Louisbourg et qui, entre les mois de janvier 1992 et octobre 1993, n'avait pas remis l'impôt sur le revenu retenu sur les salaires versés à ses employés, pour une somme totale d'environ 18 000 \$. Contrairement au *Business Act* de la Nouvelle-Écosse et aux statuts constitutifs, aucun des neuf administrateurs visés ne détenait d'actions de la société. L'appel de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a été accueilli et les administrateurs ont été tenus responsables. Les extraits suivants sont de M. le juge Noël :

« [48] [...] Comme cette Cour a conclu dans *Kalef*, il est logique de se tourner vers la loi régissant la constitution en personne morale de la compagnie pour déterminer qui est un administrateur aux fins de l'article 227.1. L'alinéa 2(1)f) de la Loi prévoit que:

[TRADUCTION]

“ administrateur ” comprend toute personne qui occupe le poste d'administrateur, indépendamment de son titre

Je partage l'avis du juge de la Cour de l'impôt [*sic*] que les mots “ qui occupe le poste d'administrateur indépendamment de son titre ”, font qu'une personne agissant comme administrateur est visée par la définition, quel que soit son titre. »

À propos de l'obligation de détenir des actions de la société, M. le juge Noël a conclu que le défaut n'avait pas pour effet d'empêcher l'application du paragraphe 227.1(1) L.I.R., puisque la loi d'incorporation prévoyait des mécanismes de protection des tiers :

« [55] La Loi vise aussi à protéger les tiers qui traitent de bonne foi avec des personnes qui agissent en administrateurs alors qu'ils ne sont pas éligibles. L'article 30 vient codifier la règle de *common law* sur la gestion interne, de la façon suivante :

[TRADUCTION]

Une compagnie ou une instance tierce se portant garante d'une obligation de la compagnie ne peut opposer à toute personne traitant avec la compagnie ou qui a acquis certains droits de celle-ci [...]

[...]

(d) qu'une personne désignée comme administrateur, responsable ou représentant, par la compagnie n'a pas été valablement nommée ou n'a pas l'autorité requise pour exercer les pouvoirs et assumer les responsabilités qui

sont généralement ceux de la compagnie ou de ses administrateurs, responsables ou agents; [...]

[...]

[63] En conséquence, bien que je partage l'avis du juge de la Cour de l'impôt [*sic*] que les personnes agissant comme administrateurs sans être éligibles à ce poste ne sont pas des administrateurs au sens de la Loi, je ne crois pas que les intimés puissent échapper de ce fait à leurs obligations en vertu du paragraphe 227.1(1) de la L.I.R. » (Notre soulignement)

M. le juge Létourneau apporte des précisions importantes aux conclusions de M. le juge Noël et à la jurisprudence antérieure, dont la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Kalef c. Canada*¹¹, et abat une partie de la confusion que laisse planer l'analyse de M. le juge Noël quant aux administrateurs *de facto*.

Premièrement, M. le juge Létourneau confirme clairement et sans équivoque que le paragraphe 227.1(1) L.I.R. vise les administrateurs *de jure* et *de facto* au motif que :

« [5] Une des règles élémentaires de rédaction législative, dictée par une règle d'interprétation correspondante, prévoit que l'usage d'un terme générique sans restrictions ou précisions exprime la volonté du législateur de lui donner un sens large. Ici, en utilisant le terme "administrateurs" sans restrictions au paragraphe 227.1(1), le législateur a voulu qu'il recouvre tous les genres d'administrateurs reconnus en droit des sociétés, notamment les administrateurs de droit et de fait. »

À cet égard, M. le juge Létourneau indique que le jugement de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Kalef*, en autorisant de faire référence à la loi constitutive de la société visée dans l'interprétation de la notion d'« administrateur », n'a toutefois pas diminué l'importance du droit général en la matière¹². Ainsi, lorsqu'il s'agit de déterminer « [...] si une personne a agi ostensiblement comme un administrateur, devenant ainsi un administrateur de fait [...] la réponse se trouve dans la common law », ou en droit civil¹³.

¹¹ 96 D.T.C. 6132 (C.A.F.) (demande d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée à [1996] S.C.C.A. N° 219) (ci-après « *Kalef* »).

¹² *Corsano*, précité, note 9, par. 9.

¹³ *Id.*, par. 11.

Ensuite, à propos de l'interprétation générale des dispositions législatives imposant la responsabilité du fait d'autrui, M. le juge Létourneau suggère une interprétation libérale du paragraphe 227.1(1) L.I.R. au motif des « objectifs sociaux valides visés par cette disposition »¹⁴ :

« Le fait qu'elle [cette disposition] rende les directeurs personnellement responsables de leurs propres manquements ne justifie pas l'interprétation restrictive que le juge de la Cour de l'impôt [*sic*] a donné au terme " administrateurs ". Compte tenu du sens large du terme " administrateurs " au paragraphe 227.1(1), l'omission de reconnaître la responsabilité de personnes agissant à titre d'administrateurs de faits vient à avaliser et à encourager des actions ou omissions de ces personnes, préjudiciables aux employés et au public, dans une situation quasi-fiduciaire¹⁵. »

Il est toutefois incertain qu'un tel exercice d'interprétation soit nécessaire. Finalement, M. le juge Létourneau a conclu, de façon plus importante, que le paragraphe 227.1(1) L.I.R. impose une norme de diligence unique à tous les administrateurs, soit « [...] celle de savoir s'ils ont agi avec le degré de prudence, de diligence et d'habileté requis pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables¹⁶ ». (Notre soulignement)

À la lumière des faits en l'espèce, M. le juge Létourneau a conclu à la responsabilité des administrateurs pour les motifs suivants, auxquels M. le juge Noël a souscrit :

- a) la durée du manquement, après que les administrateurs en eurent été informés (entre 9 et 12 mois)¹⁷;
- b) le fait qu'aucune mesure précise n'ait été prise afin d'éviter que la société manque à son obligation de remettre les déductions à la source payables et à venir¹⁸ (à cet égard, la preuve indiquait que l'un des administrateurs était intervenu directement afin que des sommes servent à payer un fournisseur, et non le Receveur général du Canada); et

¹⁴ *Id.*, par. 19.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*, par. 23.

¹⁷ *Id.*, par. 26 et 27.

¹⁸ *Id.*, par. 28.

- c) le fait que les administrateurs n'aient effectué aucun suivi de la situation auprès du directeur général de la société, mais qu'ils aient plutôt abdiqué leurs responsabilités¹⁹.

Les administrateurs de la société qui pourront être tenus personnellement responsables de dettes aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise* sont, en vertu du paragraphe 323(1) L.T.A., « les administrateurs de la personne morale, au moment où elle était tenue de verser une taxe nette ». En vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il s'agit des « administrateurs de la société, au moment où celle-ci était tenue de déduire, de retenir, de verser ou de payer la somme ». Au Québec, les administrateurs responsables seront « les administrateurs en fonction à la date de l'omission » en vertu de l'article 24.0.1. L.M.R.

Une fois la notion d'administrateur adéquatement cernée, l'une des questions les plus importantes consiste à déterminer à quel moment un contribuable n'est plus administrateur d'une société, et peut ainsi se soustraire à ses responsabilités potentielles, lorsque deux ans se sont écoulés après sa démission ou sa destitution.

Ce moyen de défense, similaire à la prescription, existe tant au fédéral, aux paragraphes 227.1(4) L.I.R. et 323(5) L.T.A., qu'au provincial, à l'article 24.0.2 L.M.R., et s'applique aussi bien aux administrateurs *de jure* qu'aux administrateurs *de facto*. Dans le cas d'un administrateur *de facto*, la « prescription » commence à courir au moment où l'administrateur a effectué son dernier geste à ce titre. Dans le cas d'un administrateur *de jure*, on doit s'en remettre aux lois corporatives de la société visée afin de déterminer si l'administrateur a légalement cessé de l'être.

Dans un contexte de faillite, la jurisprudence enseigne que les administrateurs demeurent, malgré la nomination du séquestre-gérant. Dans l'affaire *Kalef*, M. le juge McDonald a retenu la responsabilité des administrateurs en vertu de l'article 227.1 L.I.R. relativement à des manquements postérieurs à la nomination d'un syndic à la faillite de la société au motif que la faillite n'entraînait pas la fin du poste d'administrateur en vertu de la loi constitutive applicable :

« [13] [...] Pour l'application de la *Loi sur les compagnies* de l'Ontario, M. Kalef est demeuré un administrateur de la Bynamics malgré la nomination du syndic de faillite.

¹⁹ *Id.*, par. 30.

[...]

[15] Je souscris au raisonnement du juge MacKay [dans *Canada c. Wellburn*, (1995), 98 F.T.R. 161]. Bien qu'il puisse être loisible au législateur fédéral de s'écarter expressément des principes du droit des compagnies pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, je ne crois pas que l'on doive lui imputer une telle intention. Compte tenu du silence de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, je crois qu'il convient de se guider sur la loi sur les compagnies applicable, en l'espèce la *Loi sur les compagnies de l'Ontario*. Un administrateur ne peut pas et ne devrait pas bénéficier des avantages de la constitution en personne morale que confère la *Loi sur les compagnies de l'Ontario* sans accepter aussi les responsabilités que cette loi lui impose. »

Les dispositions de la *Loi sur les compagnies*²⁰ sont semblables à celles de la loi ontarienne faisant l'objet de l'examen de M. le juge MacDonald dans l'arrêt *Kalef* et à celles de la loi de Colombie-Britannique faisant l'objet de l'examen du juge MacKay dans l'affaire *Wellburn*²¹.

De façon plus spécifique, les administrateurs peuvent en tout temps démissionner en tant que membres du conseil d'administration. L'article 108 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*²² prévoit que la démission d'un administrateur prend effet à compter de la date de l'envoi d'une démission écrite à la société. L'article 123.76 L.C. prévoit qu'un administrateur « peut résigner ses fonctions en donnant un avis à cet effet ».

La question de la démission d'un administrateur a été abordée récemment dans l'arrêt *Neptusky c. Canada*²³. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si l'appelant avait démissionné à titre d'administrateur de la société plus de deux ans avant la délivrance d'un avis de cotisation d'environ 795 000 \$, vraisemblablement en vertu du paragraphe 228(2) L.T.A. Au soutien de la cotisation, l'ARC soumettait principalement que, à titre de dernier administrateur de la société, l'appelant ne pouvait pas démissionner au motif qu'une société se doit d'avoir au moins un administrateur en tout temps. Selon l'ARC, « le dernier en place ne [pouvait pas] abandonner le navire »²⁴.

²⁰ L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. »).

²¹ Voir *Lassonde c. La Reine*, 2001 D.T.C. 5442 (C.F. 1^{re} inst.).

²² L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »).

²³ [2003] A.C.I. 30 (ci-après « *Neptusky* »).

²⁴ *Id.*, par. 15.

En l'espèce, il n'était pas contesté que l'appelant avait remis sa démission écrite en décembre 1995, alors qu'il était l'unique administrateur et le président de la société. Il n'était pas non plus contesté que l'appelant n'avait pas demandé la dissolution de la société ou la modification du registre des sociétés de la Colombie-Britannique. De même, aucun autre administrateur n'avait été nommé en décembre 1995 ou par la suite. De plus, la preuve présentée par l'ARC tentait à établir que, après sa démission, l'appelant avait signé certains documents bancaires au nom de la société et une lettre adressée à l'ARC.

En concluant que le dernier administrateur d'une société pouvait démissionner en vertu de la loi d'incorporation applicable, M. le juge Bell indiquait :

« 17. Le libellé de l'article 108 de la Company Act est le suivant :

[TRADUCTION]

Toute société doit avoir au moins un administrateur [...]

Ce libellé est très différent de celui du paragraphe 119(2) de la Loi sur les sociétés par actions (Ontario) mentionné dans l'affaire *Zwierschke c. Ministre du Revenu national*, qui se lit comme suit :

Nul administrateur désigné aux statuts ne peut résigner ses fonctions, sauf si à l'époque où sa démission prend effet, un successeur lui est nommé ou est élu.

[...]

18. À mon avis, la décision de notre cour dans l'affaire *Zwierschke* ne s'applique pas en l'instance. En outre, je ne puis souscrire à la théorie que l'article 108 signifie qu'un administrateur unique ne peut démissionner. J'ai proposé à l'avocate de l'intimée une situation où neuf administrateurs se dépêchent à démissionner et où le neuvième, étant handicapé, serait le dernier à le faire; lorsque je lui ai demandé si le neuvième administrateur serait incapable de démissionner, elle m'a répondu par l'affirmative, suggérant qu'il serait " mal pris ".

Il me semble que les termes [TRADUCTION] " Toute société doit avoir au moins un administrateur " doivent être interprétés comme signifiant qu'une société ne peut exister de façon valide sans avoir au moins un administrateur. Si le législateur en Colombie-Britannique avait voulu utiliser le genre de libellé qui se trouve dans l'affaire *Zwierschke*, on suppose qu'il aurait pu le faire.

[...]

24. En ce qui concerne le deuxième argument selon lequel l'appelant était un administrateur *de facto*, je ne trouve pas de points communs avec la situation factuelle dans l'affaire *McDougall* exerçait apparemment activement ses fonctions d'administrateur. L'appelant en l'espèce n'a fait que répondre aux communications de la Banque de Hong Kong et de Revenu Canada. Même si l'avocate de l'intimée a insisté sur le fait qu'aucun avis de démission n'avait été remis aux autorités compétentes et qu'aucun avis n'avait été transmis à Revenu Canada, je ne pense pas que ces omissions soient fatales pour la position de l'appelant. » (Notre soulignement)

En droit québécois, l'article 123.72 L.C. prévoit simplement que « les affaires de la compagnie sont administrées par une conseil d'administration composé d'un ou de plusieurs administrateurs ». La conclusion de l'arrêt *Neptusky* semble donc également applicable.

Toutefois, en matière fédérale, le paragraphe 109(4) L.C.S.A. prévoit, depuis 2001, que quiconque gère les activités commerciales d'une société ou en surveille la gestion lorsque tous les administrateurs démissionnent sans être remplacés « est réputé être administrateur pour l'application de la présente loi ». Cette présomption est irréfutable, mais elle ne s'applique pas, de façon générale, aux personnes qui gèrent la société sous la direction ou le contrôle d'une autre, à l'avocat, au notaire ou au professionnel qui ne fait que fournir ses services ni, de façon plus importante, aux syndic de faillite, séquestre, séquestre-gérant ou créancier-garant qui participe à la direction de la société uniquement dans un but de réalisation.

2. LA DILIGENCE RAISONNABLE : *SOPER*, *McKINNON* ET *JOBIN*

La défense de diligence raisonnable est probablement la plus souvent invoquée et implique qu'un administrateur ne sera pas tenu responsable pour l'omission de la société s'il a agi avec le soin, la diligence et la compétence dont aurait fait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente, pour prévenir les omissions reprochées. Cette question a été abordée au passage dans le contexte de l'arrêt *Corsano*.

Les principes fondamentaux qui doivent guider l'interprétation et l'application de la défense de diligence raisonnable ont été énoncés par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Soper c. La Reine*²⁵ et ont été repris et qualifiés dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. McKinnon*²⁶.

²⁵ [1998] 1 C.F. 124 (C.A.F.) (ci-après « *Soper* »).

²⁶ [2001] 2 C.F. 203 (C.A.F.) (ci-après « *McKinnon* »).

Dans l'arrêt *Soper*, le contribuable était un homme d'affaires chevronné qui avait été nommé au conseil d'administration d'une société exploitant une école de mannequins. En l'espèce, le contribuable avait été informé en novembre 1987 que la société faisait des affaires avec un déficit important, mais il ne s'est jamais informé avant sa démission de l'état des versements de la société au Receveur général du Canada.

Dans le contexte de l'application du paragraphe 227.1(3) L.I.R., la principale question devant la Cour d'appel fédérale consistait à déterminer si la défense de diligence raisonnable comporte un élément subjectif ou s'il s'agit d'une norme entièrement objective.

À cet égard, M. le juge Robertson confirme que le test applicable est à la fois objectif et subjectif et il établit les propositions suivantes :

- a) à titre de mandataires, les administrateurs ont une relation de nature fiduciaire avec leur mandant, la société;
- b) ils ne doivent pas manifester, dans l'exercice de leurs fonctions, un degré de compétence et de soin supérieur à celui que l'on peut attendre d'une personne ayant les mêmes compétences et la même expérience : il s'agit d'une norme en partie objective et subjective, alors que la « personne raisonnable » est définie en fonction des compétences et de l'expérience de l'administrateur visé :

« La norme de prudence énoncée au paragraphe 227.1(3) de la Loi n'est donc pas purement objective. Elle n'est pas purement subjective non plus. Il ne suffit pas qu'un administrateur affirme qu'il a fait de son mieux, car il invoque ainsi la norme purement subjective. Il est également évident que l'intégrité ne suffit pas. Toutefois, la norme n'est pas une norme professionnelle. Ces situations ne sont pas régies non plus par la norme du droit de la négligence. La Loi contient plutôt des éléments objectifs, qui sont représentés par la notion de la personne raisonnable et des éléments subjectifs, qui sont inhérents à des considérations individuelles comme la "compétence" et l'idée de "circonstances comparables". Par conséquent, la norme peut à bon droit être qualifiée de norme "objective subjective"²⁷. »

- c) ils ne doivent pas consacrer leur attention permanente aux affaires de la société, sans toutefois non plus être passifs ni irresponsables; et

²⁷ *Soper*, précité, note 25, par. 41.

- d) en l'absence de motifs spécifiques, ils peuvent se fier aux dirigeants de la société pour s'acquitter de leurs fonctions.

M. le juge Robertson semble aussi établir une distinction entre les administrateurs « internes » et « externes » d'une société, et il juge que les administrateurs internes, c'est-à-dire ceux qui s'occupent de la gestion quotidienne de la société et qui influencent la conduite de ses affaires, sont ceux qui auront le plus de difficulté à invoquer avec succès la défense de diligence raisonnable. Cette distinction a été qualifiée par la jurisprudence subséquente, dont l'affaire *Corsano*, plus haut.

De façon tout aussi importante, la Cour d'appel fédérale a présenté dans l'arrêt *Soper* de quelle façon un administrateur peut établir une défense de diligence raisonnable et en quelles circonstances l'obligation de prendre des mesures positives pour prévenir l'omission reprochée prend naissance :

« [50] Pour satisfaire à l'exigence de diligence raisonnable prévue au paragraphe 227.1(3), un administrateur peut, comme le ministère du Revenu national l'a souligné, prendre des "mesures" en établissant des contrôles pour vérifier les versements, en demandant aux agents financiers de la société de présenter régulièrement des rapports sur la mise en œuvre de ces contrôles et en obtenant régulièrement la confirmation que les retenues et les versements ont été faits comme l'exige la Loi [...]

[51] [...] y compris, dans certaines circonstances, l'ouverture et la surveillance d'un compte en fiducie qui servirait à payer la rémunération des employés et les sommes dues à Sa Majesté [...] .

[52] Bien que de telles précautions puissent être considérées comme une preuve convaincante de la diligence raisonnable manifestée par un administrateur, il ne s'agit pas, selon moi, de conditions préalables nécessaires pour donner ouverture à ce moyen de défense [...]

[53] À mon avis, l'obligation expresse d'agir prend naissance lorsqu'un administrateur obtient des renseignements ou prend conscience de faits qui pourraient l'amener à conclure que les versements posent, ou pourraient vraisemblablement poser un problème potentiel. En d'autres termes, il incombe vraiment à l'administrateur externe de prendre des mesures s'il sait, ou aurait dû savoir, que la société pourrait avoir un problème avec les versements. La situation type que dans laquelle un administrateur est, ou aurait dû être, au courant de cet éventualité est celle de la société qui a des difficultés financières [...]. »

Dans l'arrêt *Soper*, l'appel du contribuable a été rejeté, puisque la preuve a démontré que ce dernier ne s'était tout simplement jamais soucié des exigences fiscales applicables à la société et n'avait rien fait pour

prévenir les manquements reprochés. En d'autres mots, ne rien faire est clairement insuffisant.

Dans l'arrêt *McKinnon*, M. le juge Evans a présenté plusieurs points de droit importants quant à la portée du moyen de défense de la diligence raisonnable.

Dans cette affaire, la société visée, Abel Metal Ltd. (ci-après « Abel »), était une entreprise de fabrication d'éléments métalliques utilisés dans le domaine de la construction. Lorsque la récession a touché le secteur du bâtiment au début des années 1990, la Banque Canadienne Impériale de Commerce a manifesté son inquiétude quant à la situation financière de la société et a requis de l'un de ses administrateurs une garantie personnelle d'environ 1,6 M\$.

En octobre 1993, dans l'espoir de mettre un terme à ses difficultés financières, Abel a retenu les services d'un comptable agréé spécialisé dans le renflouement d'entreprises de construction en difficulté financière. Malgré l'arrivée de cette personne, la banque a néanmoins réduit la marge de crédit de la société et a désigné BDO Woody afin de « contrôler » la situation financière de Abel. Dans ce contexte, la banque imposait aux administrateurs de Abel d'obtenir presque quotidiennement son autorisation afin de payer les créanciers de la société.

Dès le 18 octobre 1993, la banque a rejeté un chèque de 46 000 \$ payable à l'ordre du Receveur général du Canada à titre de retenues à la source. La preuve a démontré que, dès ce moment, les administrateurs de Abel savaient que la banque n'honorait pas les chèques émis au Receveur général du Canada. Néanmoins, la société a continué à préparer ces chèques dans l'espoir qu'ils seraient honorés.

Malgré les tentatives de la société, la banque a demandé, le 27 avril 2004, le remboursement de ses créances. La société a alors dû déclarer faillite.

La quasi-totalité de la dette de Abel envers l'ARC a été accumulée à partir du 18 octobre 1993, date à laquelle la banque a commencé à contrôler les chèques.

Dans ce contexte particulier, la question principale soumise à la Cour d'appel fédérale consistait à déterminer si le contrôle *de facto* exercé par la banque sur la capacité de la société à effectuer des versements au Receveur général du Canada excluait les administrateurs de la responsabilité prévue au

paragraphe 227.1(1) L.I.R. En d'autres mots, il s'agissait d'établir si les administrateurs de Abel avaient agi de façon raisonnable en continuant d'exploiter la société, alors qu'ils savaient que la banque n'honorerait pas les chèques payables au Receveur général du Canada, au détriment des chèques payables à des fournisseurs qui pouvaient assurer la survie de la société.

Premièrement, la Cour d'appel fédérale a établi, selon la distinction de l'arrêt *Soper*, que les administrateurs de Abel étaient des « administrateurs internes », c'est-à-dire responsables de la gestion quotidienne de la société et en mesure d'influencer la conduite de ses affaires, donc « ceux qui auront le plus de mal à invoquer la défense de diligence raisonnable »²⁸.

Ensuite, l'arrêt *McKinnon* aborde ce que M. le juge Evans décrit comme le « quatrième principe dégagé par la jurisprudence », soit :

« [...] savoir que la diligence raisonnable imposée aux administrateurs de société par le paragraphe 227.1(3) consiste à prévenir ce défaut. Il a été jugé que ce principe signifie que si ceux-ci deviennent à première vue responsables du défaut de versements la compagnie, ils ne peuvent normalement se réclamer du bénéfice du paragraphe 227.1(3) si leurs efforts n'avaient pour effet que de les mettre en état de remédier au défaut après coup. Il s'en suit que des mesures prises en vue de remettre Abel à flot, celles qui comptent le plus pour notre propos se limitent à celles qui étaient logiquement à même de prévenir le défaut de verser, à l'échéance, les retenues à la source et les TPS. » (Notre soulignement)

À cet égard, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'en l'espèce la mesure la plus importante que les administrateurs de Abel ont prise afin de prévenir un défaut a été de retenir les services d'un spécialiste pour obtenir de nouvelles ressources financières pour la société et, subsidiairement, de continuer à préparer les chèques de remise au Receveur général du Canada dans l'espoir qu'ils seraient honorés par la banque.

Ensuite, M. le juge Evans expose un autre principe général, soit celui que les administrateurs n'encourent aucune responsabilité personnelle si les sommes visées, y compris intérêts et pénalités pour retard de paiement, sont subséquemment acquittées. Tel était le cas en l'espèce, puisque les sommes constituant la cotisation ont été versées subséquemment à l'ARC par le syndic de faillite de Abel³⁰.

²⁸ *Id.*, par. 44.

²⁹ *McKinnon*, précité, note 26, par. 34.

³⁰ *Id.*, par. 38.

M. le juge Evans aborde la notion de contrôle et conclut qu'il ne s'agit pas d'un critère d'application du paragraphe 227.1(1) L.I.R., mais uniquement d'un moyen de défense :

« 58. Sauf le respect à tous ceux qui sont d'avis contraire, j'estime qu'il ne faut pas interpréter le paragraphe 227.1 comme signifiant qu'il ne s'applique que si les administrateurs ont dans les faits le contrôle des opérations financières de la compagnie, en particulier du règlement de ses obligations.

59. En premier lieu, pareil terme ne figure pas dans le texte de la loi et le juge ne doit normalement pas ajouter des termes à ceux du texte de loi adopté par le législateur.

60. En deuxième lieu, l'exonération pour cause de diligence raisonnable que prévoit le paragraphe 227.1(3) est suffisamment générale pour fournir un moyen de défense aux administrateurs qui ont fait ce qu'il faut pour essayer de prévenir le défaut de versement de leur compagnie. Il est donc inutile d'insérer la notion de contrôle dans le paragraphe (1) afin que la responsabilité des administrateurs ne soit pas engagée dans le cas où ce qu'ils font pour prévenir le défaut de versement de la compagnie satisfait à la norme de diligence, telle qu'une personne raisonnable l'aurait observée dans des circonstances comparables pour prévenir le défaut.

61. D'ailleurs, "contrôle" n'est pas un concept monolithique et il sera inévitablement difficile de décider si, dans un cas donné, les administrateurs ont conservé suffisamment de "contrôle" pour que le paragraphe (1) entre en jeu. Il en est tout autrement en cas de nomination d'un séquestre dont les pouvoirs supplantent ceux des administrateurs, lesquels cessent, du point de vue fonctionnel, d'être des administrateurs et échappent ainsi au champ d'application du paragraphe 227.1(1); [...]

62. En troisième lieu, si le concept de "contrôle" s'étend à l'incapacité dans les faits à rendre des mesures pour s'assurer que les sommes dues sont versées à l'échéance, parce que la banque n'honore pas les chèques à l'ordre de Revenu Canada, cela signifie que l'administrateur concerné ne sera pas responsable par application du paragraphe 227.1(1), peu importe qu'il soit raisonnable ou non de maintenir l'entreprise en activité, et peu importe le temps pendant lequel elle reste en activité sans verser les sommes dues à l'échéance. Que les faits et gestes de l'administrateur soient raisonnables ou non n'a d'importance à titre de moyen de défense au regard du paragraphe 227.1(3) qu'une fois que cet administrateur est tenu pour responsable par application du paragraphe 227.1(1).

63. Par conséquent, avec égards, la conclusion tirée par le juge McArthur de la Cour canadienne de l'impôt que les administrateurs en l'espèce n'étaient pas responsables du défaut de versement des retenues à la source et de la TPS, ne peut se fonder sur la conclusion que le paragraphe 227.1(1) n'entrait pas en jeu parce que l'insistance mise par la banque à approuver les chèques tirés par la compagnie privait les contribuables du contrôle des finances de cette dernière. » (Notre soulignement)

De façon très importante, M. le juge Evans a recentré la question soumise à la Cour d'appel fédérale afin de déterminer si, après que la banque eut rejeté le second chèque payable au Receveur général du Canada, les administrateurs de la société avaient exercé le degré requis de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir les défauts subséquents de la société³¹. Nous suggérons que ce test devrait constituer la pierre angulaire de l'analyse de la défense de diligence raisonnable.

À cet égard, M. le juge Evans a conclu, premièrement, qu'il ne suffit pas que les administrateurs continuent à exploiter l'entreprise dans l'espoir d'une reprise³². Néanmoins, il a été conclu en l'espèce que les administrateurs avaient fait montre du degré de soin et de diligence nécessaire, principalement pour les deux motifs suivants :

- a) la préparation continue des chèques payables au Receveur général du Canada, avec l'espoir réaliste que la banque les honorerait et; plus particulièrement
- b) les efforts soutenus du spécialiste retenu par Abel afin de trouver un nouvel investisseur qui pourrait remettre rapidement la société à flot. La preuve à cet égard faisait état du fait que ce spécialiste avait communiqué avec 12 personnes ayant manifesté leur intérêt à propos de la société et qu'il avait trouvé au moins une personne qui s'était engagée à investir des fonds, bien que cette proposition ait été rejetée par la banque.

À notre avis, les notions de prévention et de contrôle sont les clés du jugement *McKinnon*.

La défense de diligence raisonnable est analysée de la même façon en vertu du droit provincial.

Dans l'affaire *Jobin c. SMRQ*³³, la Cour devait déterminer si le requérant pouvait se soustraire à sa responsabilité pour l'omission de la société d'avoir remis certains montants de taxe de vente en invoquant la défense de l'article 24.0.2 L.M.R.

³¹ *Id.*, par. 68.

³² *Id.*, par. 71.

³³ 2003 D.T.C. 5043 (C.Q.) (ci-après « *Jobin* »).

À la lumière d'une certaine doctrine³⁴, la Cour a souligné les distinctions avec les textes fédéraux des paragraphes 227.1(3) L.I.R. ou 323(3) L.T.A. :

« Il est facile de constater à la lecture du premier alinéa de l'article 24.0.2 L.M.R. et du paragraphe (3) de l'article 227.1 L.I.R. la différence existant entre le libellé de ces dispositions.

D'une part, l'article 227.1(3) L.I.R. exonère de sa responsabilité l'administrateur qui "a agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables". D'autre part, l'article 24.0.2 L.M.R. permet à un administrateur de s'exonérer de sa responsabilité lorsqu'il "a agi avec un degré de soin, de diligence et d'habileté raisonnable dans les circonstances ou qui, dans ces mêmes circonstances, n'a pu avoir connaissance de l'omission visée par cet article". Dans ce dernier cas, le législateur québécois édicte expressément un moyen de défense qui n'est pas mentionné dans la loi fédérale.

Également, une autre différence majeure entre les dispositions législatives fédérale et québécoise réside dans le fait que la loi fédérale impose aux administrateurs d'agir avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables, formulation que l'on ne retrouve pas dans la loi québécoise. Si cette différence ne relève pas directement de la distinction devant être établie entre les modèles abstrait et concret d'appréciation de la responsabilité des administrateurs, nous jugeons néanmoins utile de nous y attarder brièvement.

L'importance accordée par le législateur fédéral au fait de prévenir le manquement représente la conséquence nécessaire de sa décision d'imposer aux administrateurs l'obligation de faire la preuve du respect par eux de leur obligation de soin, de diligence et d'habileté dès le stade de la déduction par la corporation des montants dont elle est responsable [...]»³⁵.

En d'autres mots, cette doctrine suggérerait les trois distinctions suivantes, alors que la *Loi sur le ministère du Revenu* :

- a) ne fait pas référence au concept de prévention;

³⁴ Jean-Pierre ROY et Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « L'appréciation de la responsabilité des administrateurs et l'utilisation du critère subjectif dans la *Loi sur le ministère du Revenu* », (1991), vol. 13, n° 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 323-361.

³⁵ *Jobin*, précité, note 33, par. 20.

- b) ajoute la notion d'omission dont l'administrateur n'a pu avoir connaissance; et
- c) traite de soin, de diligence et d'habileté « raisonnables dans les circonstances », alors que la loi fédérale fait référence au comportement d'une « personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances ».

Tout en reconnaissant les distinctions mentionnées plus haut entre la *Loi sur le ministère du Revenu* et les lois fédérales, la Cour a néanmoins conclu à l'application d'un modèle hybride, tel qu'il a été retenu dans l'arrêt *Soper* :

« L'intention du législateur, puisque c'est ce dont il est question, est plutôt de l'avis du Tribunal d'utiliser un modèle mixte. En effet, si d'une part le Tribunal peut considérer la situation et les caractéristiques propres de l'administrateur visé, il doit d'autre part comparer la conduite de cette personne à un standard objectif afin d'éviter tout dérapage social³⁶. »

Dans l'affaire *Jobin*, l'appel du contribuable a été rejeté et ce dernier a été tenu responsable des manquements de la société pour les motifs principaux suivants :

- a) la société produisait ses rapports mensuels de retenues à la source en retard³⁷ : la preuve indiquait que le contribuable négligeait tout simplement de s'en occuper³⁸;
- b) les montants dus étaient si importants qu'ils excédaient, durant certaines périodes, la marge bancaire de l'entreprise³⁹;
- c) le contribuable a négocié des ententes de paiement avec Revenu Québec qui n'ont pas été respectées⁴⁰.

Dans ce contexte, la Cour a conclu que le contribuable avait sciemment détourné les montants dus à la Couronne et qu'il ne pouvait, par conséquent, se prévaloir de la défense de diligence raisonnable.

³⁶ *Id.*, par. 23.

³⁷ *Id.*, par. 27 et 28.

³⁸ *Id.*, par. 40.

³⁹ *Id.*, par. 31.

⁴⁰ *Id.*, par. 41.

CONCLUSION

Le survol des jugements mentionnés plus haut ne constitue qu'un bref aperçu du droit applicable à la responsabilité des administrateurs en vertu des lois fiscales. Toutefois, ce survol est suffisant pour dégager quelques constatations importantes.

À propos de la notion d'administrateur, les règles de responsabilité personnelle tissent un filet aux mailles serrées qui laisse difficilement les administrateurs, ou ceux qui agissent de la sorte, échapper à leur application, même dans des situations où leur contrôle de la société visée est limité ou absent. L'importance des lois d'incorporation en cette matière demeure, mais elle ne saurait permettre trop facilement à un administrateur d'éviter d'être visé par les dispositions législatives applicables.

Deuxièmement, la possibilité de la défense de diligence raisonnable, bien qu'elle s'applique généralement et qu'elle doive être interprétée avec souplesse, suppose une norme de prévention des omissions difficile à respecter, alors que la jurisprudence abonde d'exemples où la réaction des administrateurs à un problème fiscal n'est tout simplement pas suffisante pour éviter leur responsabilité. De façon pratique, ce devoir de prévention requiert que la preuve présentée par l'administrateur en défense fasse état de gestes positifs effectués par ce dernier dès sa connaissance des difficultés potentielles de la société, et vraisemblablement avant que les premiers manquements aux obligations fiscales ne se manifestent, peu importe son niveau de contrôle des opérations de la société.

Dans ce contexte difficile, et à la lumière des exemples concrets tirés de l'actualité récente, la diligence et la prudence des administrateurs doivent demeurer une règle d'or.

CONSIDÉRATIONS FISCALES RELATIVES À L'INTRODUCTION
D'EMPLOYÉS DANS L'ACTIONNARIAT



Éric Gélinas
Avocat, LL. M., M. Fisc.
Ogilvy Renault

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 8:3

1. TYPES DE MÉCANISMES D'INTÉRESSEMENT
POUVANT ÊTRE UTILISÉS 8:3

1.1. RÉGIME D'OPTION D'ACHAT D'ACTIONS ET ÉLÉMENTS RELIÉS 8:3

1.1.1. Statut de la société émettrice en tant que
« société privée sous contrôle canadien » 8:4

1.1.2. Déduction dans le calcul de l'avantage imposable 8:6

1.1.3. Transfert des actions en faveur
d'une société de gestion 8:7

1.1.4. Prêt effectué à un employé dans le cadre
d'un régime d'options d'achat d'actions 8:11

1.2. RÉGIME D'ACHAT D'ACTIONS 8:13

1.3.	UTILISATION D'UNE FIDUCIE	8:14
1.3.1.	Émission des actions à une fiducie au bénéfice d'employés	8:15
1.3.2.	Détention des actions par une fiducie au bénéfice d'employés	8:15
1.3.3.	Transfert des actions par la fiducie aux employés bénéficiaires	8:17
1.3.4.	Disposition des actions par une fiducie au bénéfice d'employés	8:18
1.3.5.	Déchéance des actions, sans que les actions n'aient été acquises par l'employé.....	8:19
1.4.	GEL SUCCESSORAL	8:20
1.4.1.	Conversion d'actions en vertu de l'article 51 L.I.R.....	8:20
1.4.2.	Roulement en vertu de l'article 85 L.I.R.	8:21
1.4.3.	Échange en vertu de l'article 86 L.I.R.	8:22
1.4.4.	Considérations additionnelles	8:23
2.	UTILISATION D'UN REÉR POUR ACQUÉRIR DES ACTIONS.....	8:27
3.	CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES ET IMPÔT DES PARTIES IV.1 ET VI.1 L.I.R.	8:29
3.1.	EXCEPTION RELATIVE À LA JVM.....	8:31
3.2.	EXCEPTION RELATIVE AU DÉCÈS	8:33
3.3.	AUTRES EXCEPTIONS À L'APPLICATION DE L'IMPÔT DE LA PARTIE VI.1 L.I.R.	8:34
	CONCLUSION	8:35

INTRODUCTION¹

Le texte qui suit se veut d'abord une synthèse des différents types de régimes qui peuvent être utilisés dans le contexte de la transmission d'une entreprise à des employés. Certaines des conséquences fiscales qui y sont inhérentes seront abordées. De plus, certains aspects fiscaux reliés à la mise en place et/ou à la modification d'une convention entre actionnaires seront discutés.

1. TYPES DE MÉCANISMES D'INTÉRESSEMENT POUVANT ÊTRE UTILISÉS

1.1. RÉGIME D'OPTION D'ACHAT D'ACTIONS ET ÉLÉMENTS RELIÉS

La mise en place d'un régime d'option d'achat d'actions est évidemment une des méthodes permettant aux employés de devenir actionnaires d'une société et éventuellement d'en transmettre le contrôle. Dans ce contexte, le régime d'imposition spécial prévu par l'article 7 L.I.R.² régissant l'octroi d'options d'achat d'actions par les employés doit être revu. Les dispositions de l'article 7 L.I.R. constituent une exception au régime général prévu à l'alinéa 6(1)a) L.I.R. en vertu duquel la valeur d'un avantage reçu par un employé dans le cadre de son emploi doit être inclus immédiatement dans le revenu de celui-ci. De nombreux articles ont été écrits relativement aux considérations fiscales relatives aux régimes d'options d'achat d'actions³. En

¹ L'auteur tient à remercier M^e Mélanie Beaulieu d'Ogilvy Renault pour sa précieuse collaboration à la rédaction de ce texte.

² À moins d'indication contraire, toute référence à une disposition législative renvoie à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

³ Voir notamment Calvin H. JOHNSON, « Stock and Stock Option Compensation: A Bad Idea », (2003), vol. 51, n^o 3 *Revue fiscale canadienne* 1259-1290; Luc LACOMBE, « Intéressement d'employés dans l'actionnariat », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 21:1-70; Stanley R. EBEL et Curtis R. STEWART, « Update on Employee Stock Options and Employee Benefits », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 27:1-39; Wayne L. TUNNEY, « Stock Options: The Solution or the Problem? », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 28:1-39; Daniel SANDLER, « The Tax Treatment of Employee Stock Options: Generous to a Fault », (2001), vol. 49, n^o 2 *Revue fiscale canadienne* 259-302; Michael F.T. ADDISON et Gil J. KORN, « Employee Stock Options: An Update, Personal Tax Planning », (2000), vol. 48, n^o 3 *Revue fiscale canadienne* 778-811.

conséquence, nous nous limiterons à en considérer les aspects qui nous semblent les plus pertinents dans le présent contexte.

1.1.1. Statut de la société émettrice en tant que « société privée sous contrôle canadien »

En règle générale et conformément à l'alinéa 7(1)a L.I.R., l'employé devra ajouter à son revenu d'emploi, au moment de l'exercice de l'option et donc de l'acquisition des actions, un montant égal à l'excédent de la valeur des actions acquises à ce moment sur le total des sommes que celui-ci a payées pour les actions ou pour le droit de les acquérir⁴.

Le paragraphe 7(1.1) L.I.R. prévoit une exception à cette règle dans le cas où la société émettrice est une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») au moment où l'entente relative à l'octroi des options est conclue. En vertu du paragraphe 7(1.1) L.I.R., l'avantage imposable tel qu'il est déterminé à l'alinéa 7(1)a ne devra être inclus dans le revenu de l'employé qu'au moment de la disposition des actions acquises à la suite de l'exercice des options. Il est à noter qu'entre autres conditions à l'application du paragraphe 7(1.1), l'employé ne doit avoir aucun lien de dépendance avec la société émettrice de l'option au moment de l'octroi de l'option. Cette dernière condition pourra poser problème dans le cas d'un transfert subséquent des actions acquises à la suite de l'exercice d'options par

⁴ L'alinéa 53(1)j) L.I.R. prévoit toutefois que le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions ayant donné lieu à un tel avantage doit être augmenté de la valeur de cet avantage, évitant ainsi une double imposition. À ce sujet, il est pertinent de noter que le paragraphe 7(1.3) L.I.R. prévoit des règles, aux fins de l'application du paragraphe 7(1.1), selon lesquelles un employé est réputé disposer d'actions qui sont des biens identiques dans l'ordre où il les a acquises. Cette disposition, en conjonction avec le paragraphe 47(3) L.I.R., fait donc exception à la règle des biens identiques prévue aux paragraphes 47(1) et (2) L.I.R.

Dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9725315, 15 octobre 1997, on énonce que lorsqu'un contribuable détenant des actions (ci-après « actions originales ») d'une société donnée acquiert des actions de cette même société en vertu d'un régime d'options d'achat d'actions et que le paragraphe 7(1.1) L.I.R. s'applique à cette acquisition, le paragraphe 7(1.3) L.I.R. a pour effet de retarder l'application du paragraphe 7(1.1) tant que les actions originales n'ont pas toutes été vendues. Comme l'ajustement au PBR prévu à l'alinéa 53(1)j) L.I.R. ne s'applique qu'au moment de l'inclusion de l'avantage selon le paragraphe 7(1.1), un gain en capital important peut être réalisé au moment de la disposition des actions originales. Sur ce point, voir également Gloria J. GEDDES, « Tax Treatment of Private Company Stock Option Plans », (1999), vol. X, n° 7 *Taxation of Executive Compensation and Retirement*, p. 116.

l'employé en faveur d'une société de gestion contrôlée par celui-ci. Cet aspect sera abordé dans les lignes qui suivent.

Le statut de la société en tant que SPCC doit être analysé au moment où la convention relative à l'octroi des options est conclue. Ainsi, le paragraphe 7(1.1) L.I.R. sera toujours applicable malgré le fait que la société ait cessé d'être une SPCC postérieurement à cette convention en raison, par exemple d'un premier appel public à l'épargne. À cet égard, le *Bulletin d'interprétation* IT-113R4⁵ confirme que si une société est une SPCC au moment de la conclusion d'une convention relative à la vente ou à l'émission d'actions, le paragraphe 7(1.1) s'applique même si la société a cessé d'être une SPCC immédiatement avant l'émission des actions conformément à la convention.

Le paragraphe 125(7) L.I.R. définit une SPCC comme une société privée qui est une société canadienne et qui, essentiellement, n'est pas contrôlée par une ou plusieurs personnes non résidentes, ni par une ou plusieurs sociétés publiques, ni par une combinaison de personnes non résidentes et de sociétés publiques⁶.

⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, « Avantages conférés aux employés – Options d'achat d'actions », 7 août 1996.

⁶ Selon le paragraphe 89(1) L.I.R., une « société privée » est essentiellement une société qui réside au Canada, n'est pas une société publique et n'est pas contrôlée par une ou plusieurs sociétés publiques. Selon ce même paragraphe, une « société canadienne » est une société qui réside au Canada et qui soit a été constituée au Canada, soit a résidé au Canada tout au long de la période qui a commencé le 18 juin 1971 et se termine au moment de la détermination de son statut.

La récente décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Silicon Graphics Ltd. c. La Reine*, 2002 D.T.C. 7112 (ci-après « *Silicon Graphics* ») est venue préciser que « [d]ans le cas des sociétés dont les actions sont détenues par plusieurs actionnaires, un examen du registre des actionnaires en soi ne révélera normalement pas quels actionnaires en particulier exercent le contrôle ». Ainsi, dans cette affaire, le fait que plus de la moitié des actionnaires de la société à l'origine de la société appelante étaient non résidents n'avait pas pour effet d'empêcher ladite société de se qualifier à titre de SPCC.

Par ailleurs, la définition de SPCC prévoit désormais que n'est pas une SPCC la société qui, si chacune de ses actions appartenant à une personne non résidente ou à une société publique appartenait à une personne donnée, serait contrôlée par cette personne donnée. Cette précision a par conséquent pour effet de contrecarrer la conclusion de la Cour d'appel dans l'affaire *Silicon Graphics* quant à la question du contrôle de droit.

(à suivre...)

1.1.2. Déduction dans le calcul de l'avantage imposable

Les alinéas 110(1)d) et d.1) L.I.R. prévoient une déduction de 50 % dans le calcul de l'avantage imposable réalisé conformément aux dispositions de l'article 7. Au niveau provincial et à la suite du budget du Québec déposé le 30 mars 2004, la déduction à l'égard des options d'achat d'actions a été réduite de 37,5 % à 25 %.

La déduction prévue à l'alinéa 110(1)d) s'applique lorsque l'avantage découle d'options portant sur des actions de sociétés autres que des SPCC et que certaines conditions sont respectées. Pour que l'employé ait droit à la déduction de l'alinéa 110(1)d), les conditions suivantes doivent être réunies :

- i) le titre doit être une action prescrite (essentiellement une action participante, non convertible en une action non participante, dont on ne peut raisonnablement s'attendre qu'elle soit rachetée, acquise par l'employeur ou annulée dans les deux ans suivant la date de son émission)⁷;
- ii) les montants payés par l'employé pour acquérir le titre (incluant les montants payés pour acquérir l'option) sont égaux ou supérieurs à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») du titre au moment où l'option est acquise⁸;
- iii) immédiatement après la conclusion de la convention, l'employé n'avait pas de lien de dépendance avec l'employeur.

(...suite)

Quant à la question du contrôle de fait, il est pertinent de noter que la Cour, au paragraphe 67, s'est dite d'avis « que pour que l'on puisse conclure à un contrôle de fait, une personne ou un groupe de personnes doivent avoir le droit et la capacité manifestes de procéder à une modification importante du conseil d'administration ou des pouvoirs du conseil ou d'influencer d'une façon très directe les actionnaires qui auraient autrement la capacité de choisir le conseil d'administration ».

⁷ L'article 6204 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C. 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. ») définit la notion d'« action prescrite ».

⁸ Voir à cet effet la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans *McAnulty c. La Reine*, 2001 D.T.C. 942 (C.C.I.) (version française, [2001] A.C.I. n° 701 (QL)), selon laquelle le moment de la convention doit être déterminé selon une interprétation très large. Ainsi, une convention verbale peut être valable aux fins de l'alinéa 110(1)d) L.I.R.

Dans le cas de sociétés privées, la question de l'évaluation de la valeur des actions pose problème, les actions ne disposant pas d'un marché certain, comme c'est le cas des sociétés publiques. Pour cette raison, l'application du paragraphe 110(1)d) pourrait constituer une difficulté dans le contexte d'une société privée d'où la nécessité de se tourner vers la déduction de l'alinéa 110(1)d.1).

L'alinéa 110(1)d.1) prévoit une déduction de 50 % de l'avantage calculé en vertu de l'alinéa 7(1)a) L.I.R. lorsque l'avantage découle d'options portant sur des actions d'une SPCC. Pour avoir droit à la déduction de l'alinéa 110(1)d.1), l'employé doit essentiellement ne pas avoir disposé de l'action (autrement que par suite de son décès) ou ne pas l'avoir échangée dans les deux ans suivant la date où il l'a acquise. Cette disposition ne comporte aucun test relatif à la JVM des actions. Elle ne comporte non plus aucun test relatif à l'absence de lien de dépendance entre l'employé et l'employeur.

1.1.3. Transfert des actions en faveur d'une société de gestion

Dans certains cas, l'employé ayant acquis les actions d'une société qui est une SPCC à la suite de l'exercice d'options d'achat d'actions voudra transférer ces actions à une société de gestion contrôlée par lui. Ce sera notamment le cas lorsqu'il est envisagé que des dividendes soient versés sur les actions ainsi acquises. Dans cette situation, le transfert à une société de gestion fera en sorte que le dividende pourra être déductible à l'encontre du revenu de la société de gestion en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R., ce qui ne pourrait être accompli dans le cas où l'employé recevrait le dividende directement.

À ce stade et en raison de l'application du paragraphe 7(1.1) L.I.R., il est présumé que l'employé ne s'est vu attribuer aucun avantage imposable lors de l'exercice des options. Il est donc primordial de s'assurer que le transfert à une société de gestion ne déclenchera pas une disposition des actions. Une telle disposition aurait pour effet d'entraîner la réalisation de l'avantage imposable pour l'employé et pourrait aussi avoir un impact sur la déduction de 50 % applicable au calcul de cet avantage prévue à l'alinéa 110(1)d.1) si l'employé détient les actions depuis moins de deux ans au moment du transfert. Dans ce contexte, les dispositions du paragraphe 7(1.5) L.I.R. qui permettent un tel transfert sans entraîner de disposition des actions aux fins du paragraphe 7(1) et de l'alinéa 110(1)d.1) doivent être analysées.

En vertu du paragraphe 7(1.5) L.I.R., un échange admissible d'actions acquises à la suite de l'exercice d'options accordées par une SPCC en échange d'autres actions est réputé ne pas être une disposition aux fins du paragraphe 7(1.1) L.I.R. et de l'alinéa 110(1)d.1) L.I.R. Les nouvelles actions sont réputées être les mêmes actions que celles échangées et en être la continuation. L'imposition de l'avantage à l'emploi est donc reportée au moment où l'employé dispose des actions reçues en échange. De plus, pour l'application de l'alinéa 110(1)d.1) et plus particulièrement pour l'exigence relative à la détention des actions pour une période de deux ans, le délai de détention est calculé en combinant le temps de détention des actions échangées et celui des nouvelles actions. Enfin, pour que l'échange d'actions puisse être visé par le paragraphe 7(1.5), l'employé ne doit recevoir aucune autre contrepartie que les nouvelles actions, la valeur des nouvelles actions ne doit pas excéder celle des actions échangées et la société de gestion de l'employé doit avoir un lien de dépendance avec la société émettrice immédiatement après le transfert. Cette dernière condition pose problème, étant donné qu'une des conditions d'application du paragraphe 7(1.1) prévoit spécifiquement que l'employé ne doit pas avoir de lien de dépendance avec la société émettrice de l'option immédiatement après le moment de l'entente relative à l'émission des actions. Ainsi, aux fins du paragraphe 7(1.1), l'employé ne doit pas avoir de lien de dépendance avec la société émettrice de l'option immédiatement après le moment de l'entente relative à l'émission des actions mais, afin que le paragraphe 7(1.5) puisse s'appliquer, il doit toutefois exister un lien de dépendance entre la société émettrice et la société de gestion immédiatement après le transfert des actions par l'employé à la société de gestion, à défaut de quoi les règles de roulement du paragraphe 7(1.5) ne pourront trouver application. Ce lien de dépendance devrait donc exister postérieurement à la mise en place de l'entente relative à l'émission des actions et antérieurement au transfert en faveur de la société de gestion. Un tel lien de dépendance existera automatiquement si la société de gestion contrôle la société émettrice à la suite du transfert. Dans ce cas, la société de gestion de l'employé et la société émettrice seront des personnes liées en vertu du sous-alinéa 251(2)b)(i) L.I.R. et, par conséquent, des personnes ayant entre elles un lien de dépendance au sens de l'alinéa 251(1)a) L.I.R. Un tel lien de dépendance pourra également exister dans d'autres circonstances, selon les faits de chaque cas, puisqu'il s'agit d'une notion dont la détermination est basée sur les faits. Par exemple, dans la situation où un employé-clé exerce une telle influence sur la société qui l'emploie qu'il peut être considéré que celui-ci exerce un contrôle de fait sur la société, la condition relative au lien de dépendance pourrait être satisfaite⁹.

⁹ Une telle situation pourrait, dans une certaine mesure, s'apparenter à la notion de (à suivre...)

Par ailleurs, l'employé actionnaire qui, à lui seul, ne contrôle pas une société pourrait être considéré comme ayant un lien de dépendance avec celle-ci dans la mesure où cet employé agit de concert avec d'autres actionnaires.

À cet égard, le *Bulletin d'interprétation* IT-419R2 prévoit ce qui suit :

« Conformément aux règles énoncées à l'alinéa 251(2)(b), si un actionnaire ne contrôle pas une société ou s'il n'est pas lié par ailleurs à celle-ci, on suppose habituellement que cet actionnaire n'a pas de lien de dépendance avec la société dans laquelle il détient des actions. Toutefois, si un nombre suffisant d'actionnaires minoritaires agissent de concert pour assurer la gestion des affaires d'une société, ces actionnaires peuvent être considérés comme ayant un lien de dépendance avec la société. Agir de concert veut habituellement dire conclure au préalable un accord sur la manière de procéder. Dans le cas d'une société qui a un grand nombre d'actionnaires, le fait qu'une majorité de ceux-ci votent collectivement en vue de l'adoption d'une mesure quelconque ne signifie pas en soi qu'ils agissent de concert et que, par conséquent, il existe un lien de dépendance entre eux ainsi qu'avec la société. De plus, il y a lieu de prendre en considération l'influence qu'un actionnaire minoritaire occupant un poste de cadre exerce sur la gestion directe d'une société au moment d'évaluer le lien que cet actionnaire entretient avec cette société¹⁰. » (Notre soulignement)

Le paragraphe 7(1.5) L.I.R. donne ouverture à certaines opportunités de planification dans un contexte de vente. Sous réserve de la possible application de la règle générale antiévitement prévue au paragraphe 245(2) L.I.R., l'employé et sa société de gestion pourraient effectuer le choix du paragraphe 85(1) L.I.R. relativement au transfert des actions acquises par

(...suite)

dépendance économique ayant permis au juge Archambault de la Cour canadienne de l'impôt de conclure, dans l'affaire *Rosario Poirier inc. c. La Reine*, 2002 D.T.C. 1770, au contrôle de fait. Voir aussi David M. WILLIAMSON et Michael MANLY, « Acquisition of Control: An Update », dans *Corporate Management Tax Conference 1996*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1997, pp. 5:1-43; ces auteurs indiquent toutefois qu'une telle conclusion serait erronée d'un point de vue de politique fiscale :

« It is clear that invoking subsection 256(5.1) to deem a creditor, supplier, or key employee of a Canadian-controlled private corporation to have de facto control would be wrong in tax policy terms unless the creditor, supplier, or employee and the corporation can be said to be operating one business by means of two or more separate corporations, or unless one or more of the creditor, supplier, employee, and equity owners can reasonably be considered to be benefiting from more than one small business deduction. » (Notre soulignement)

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 8 juin 2004, par. 34.

l'employé à la suite de l'exercice d'options pour un PBR permettant de cristalliser l'exonération relative aux actions admissibles de petite entreprise (ci-après « AAPE ») (en tenant pour acquis que les conditions relatives à cette exonération sont réunies). Un tel transfert ne provoquerait aucune inclusion dans le revenu de l'employé en raison de l'application du paragraphe 7(1.5). À la suite de ce transfert, la société de gestion pourrait vendre les actions de la société émettrice à un tiers acquéreur sans que les dispositions de l'article 7 L.I.R. ne s'appliquent pour inclure un avantage à l'emploi dans le revenu de l'employé. Aux termes de l'article 7, un tel avantage ne sera inclus dans le revenu de l'employé que si celui-ci dispose des actions de la société émettrice ou des actions de la société de gestion qui sont réputées être les mêmes actions que celles de la société émettrice en vertu du paragraphe 7(1.5) L.I.R. Dans ce cas, il sera possible de différer l'imposition de l'avantage jusqu'à ce que l'employé dispose des actions de la société de gestion. De plus, dans la mesure où l'employé bénéficiait d'une pleine exonération, le PBR des actions de la société émettrice pour la société de gestion serait d'au moins 500 000 \$ (plus le PBR des actions transférées, lequel serait normalement égal au prix de levée des options¹¹), évitant ainsi la réalisation d'un gain en capital sur cette portion.

Par ailleurs, il est important de mentionner que bien que les déductions de 50 % prévues aux alinéas 110(1)d) et d.1) puissent faire en sorte que l'avantage imposable calculé en vertu de l'article 7 soit en définitive imposé comme un gain en capital, cet avantage sera toujours considéré comme un revenu d'emploi et non comme un gain en capital pouvant bénéficier de cette exonération. Ainsi, dans la mesure où les dispositions du paragraphe 7(1.1) sont applicables pour différer l'imposition de l'avantage au moment de la disposition des actions, l'employé pourrait avoir avantage à exercer ses options le plus rapidement possible afin de pouvoir bénéficier de l'exonération relative aux AAPE à l'égard de l'augmentation de valeur des actions.

¹¹ Il est pertinent de noter que l'exception prévue au paragraphe 47(3) L.I.R. aux règles concernant les biens identiques discutée précédemment (*supra*, note 4) est également applicable aux actions acquises dans les circonstances visées au paragraphe 7(1.5) L.I.R. Ainsi, il n'y aura pas d'ajustement au PBR des actions transférées, selon l'alinéa 53(1)j) L.I.R., tant que l'employé n'en aura pas disposé, entraînant la réalisation de l'avantage de l'article 7 L.I.R.

1.1.4. Prêt effectué à un employé dans le cadre d'un régime d'options d'achat d'actions

Lorsque la croissance de l'entreprise de l'employeur est importante et les actions de l'employeur sont des AAPE, donnant ouverture à l'exonération des gains en capital et tel qu'il est mentionné ci-dessus, l'employé aura normalement avantage à exercer ses options le plus rapidement possible afin de réaliser un avantage imposable minimal en vertu de l'article 7 L.I.R. et un gain en capital plus élevé lors de la disposition éventuelle des actions. Ce faisant, l'employé maximisera son utilisation de l'exonération des gains en capital et limitera les conséquences fiscales découlant des options octroyées par l'employeur.

Pour permettre à l'employé d'ainsi exercer ses options le plus rapidement possible, il peut être opportun que l'employeur octroie un prêt à cette fin à l'employé.

Si ce prêt est effectué sans intérêts suffisants, l'employé se verra toutefois imposé sur un avantage réputé, en vertu de l'article 80.4 L.I.R., calculé au taux prescrit sur le solde impayé du prêt, réduit du montant des intérêts par ailleurs payés par l'employé. Selon l'article 80.5 L.I.R., cet avantage réputé sera cependant considéré, aux fins notamment de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., comme représentant des intérêts payés au cours de l'année et payables à l'égard de l'année par un débiteur conformément à une obligation légale de payer des intérêts sur de l'argent emprunté.

Ainsi, les intérêts que l'employé aura réellement payés à l'employeur relativement au prêt octroyé par ce dernier et ceux qui auront été inclus à son revenu à titre d'avantage en vertu de l'article 80.4 pourront normalement être déduits par l'employé en vertu de l'alinéa 20(1)c), sous réserve toutefois de l'application des règles proposées relatives aux restrictions applicables aux pertes, prévues à l'article 3.1 proposé. Dans la mesure où les dividendes provenant des actions acquises sont inférieurs au montant des intérêts payés ou réputés, ces nouvelles règles pourraient avoir pour effet de limiter la déductibilité des intérêts ainsi payés ou réputés¹².

¹² Ces règles ont été discutées en détail à l'occasion du Colloque 139, *Les nouvelles règles en matière de déductibilité des pertes et des intérêts*, de l'Association de planification fiscale et financière tenu les 18 et 19 février 2004. Il est toutefois incertain à ce jour qu'elles seront adoptées telles qu'elles ont été présentées. De nombreuses représentations ont d'ailleurs été soumises au ministère de Finances du Canada à l'encontre de ces règles, notamment par le comité mixte sur la fiscalité de l'Association du Barreau canadien et de l'Institut canadien des comptables agréés. Les (à suivre...)

La position administrative demeure pour le moment qu'en principe, les intérêts payés pour acquérir des actions sont normalement déductibles, sans égard au quantum des dividendes reçus par rapport aux intérêts payés, dans la mesure où le détenteur des actions a, au moment de l'acquisition des actions, une expectative raisonnable de recevoir des dividendes. À cet égard, le *Bulletin d'interprétation* IT-533 prévoit ce qui suit :

« 31. Lorsqu'un placement (p. ex. un instrument productif d'intérêts ou des actions privilégiées) est porteur d'intérêt ou de dividendes, le critère de l'intention de tirer un revenu est respecté "en l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération" (Ludco). Par ailleurs, en supposant que tous les autres critères sont respectés, l'intérêt n'est pas refusé en totalité ni restreint en fonction du revenu découlant du placement si le revenu ne dépasse pas les frais d'intérêt, compte tenu de la définition de "revenu" qu'on trouve au numéro 10.

Si l'investissement n'est pas porteur d'intérêt ou de dividendes, notamment dans le cas de certaines actions ordinaires, il est parfois difficile de déterminer l'expectative raisonnable de revenu au moment de l'investissement. Normalement, l'ADRC estime que les intérêts se rapportant à un emprunt contracté pour acheter des actions ordinaires sont déductibles s'il y a une expectative raisonnable, au moment de l'acquisition des actions, que le détenteur des actions ordinaires recevra des dividendes. Malgré tout, chaque situation doit être traitée selon les faits particuliers en cause¹³. »

Des conséquences fiscales négatives peuvent toutefois survenir si l'entreprise de l'employeur est en situation de décroissance et que l'employé rembourse le prêt en lui remettant les actions acquises. Dans la mesure où la valeur des actions ainsi remises était moindre que celle du solde impayé du prêt, il en résulterait pour l'employé un avantage imposable (en vertu de l'article 80 L.I.R.¹⁴) et une perte en capital. Selon les circonstances, il peut

(...suite)

représentations de ce comité, déposées le 19 février 2004, ont d'ailleurs donné lieu à des représentations additionnelles le 17 septembre 2004 proposant une approche mieux adaptée.

¹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003, par. 31. Cette position ne s'applique toutefois pas lorsqu'une politique de la société prévoit qu'aucun dividende ne sera versé au cours d'une période donnée. Voir notamment en ce sens AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0012425, 26 mai 2003, dans laquelle il est indiqué : « Where evidence from corporate officials indicates that dividends are not expected to be paid and that shareholders are required to sell their shares in order to realize their value, the purpose test would likely not be met ».

¹⁴ Voir cependant l'article 61.2 L.I.R. qui prévoit un mécanisme de réserves.

arriver que la perte en capital soit inutilisable pour l'employé alors que l'inclusion de l'avantage imposable demeure bien réelle.

Si l'employeur doit lui-même emprunter afin d'octroyer un tel prêt à son employé, le sous-alinéa 20(1)c)(v) proposé prévoit une règle confirmant la déductibilité des intérêts payés sur cet emprunt, sous réserve des autres règles applicables, notamment celle de la raisonnabilité prévue à l'article 67.

1.2. RÉGIME D'ACHAT D'ACTIONS

Un autre moyen de faire participer les employés à l'actionnariat est de le faire au moyen d'un régime d'achat d'actions, lequel sera également régi par l'article 7. Généralement, les actions seront soit émises à la JVM, l'employeur contribuant au régime, soit émises à escompte. L'employeur peut alors contribuer au régime ou non. L'escompte peut également être égal à la valeur des actions au moment de l'émission de sorte que l'émission se fera alors sans contrepartie de la part de l'employé. L'avantage imposable calculé selon l'article 7 sera égal à la valeur de la contribution de l'employeur et/ou de l'escompte, selon le cas¹⁵.

Les règles des alinéas 110(1)d) et d.1), telles qu'elles ont été décrites précédemment, seront également applicables à ce régime d'achat d'actions.

Plutôt que d'émettre de nouvelles actions dans le cadre d'un régime d'achat d'actions, un actionnaire fondateur désireux de bénéficier de son exonération relative aux AAPE pourrait choisir de disposer d'une partie des actions en faveur d'employés. Il est à noter que dans l'hypothèse où l'actionnaire fondateur choisirait de faire don de ses actions de la société opérante à un employé, les dispositions du sous-alinéa 69(1)b)(ii) L.I.R. seraient applicables de sorte que le donateur serait réputé avoir disposé de ses actions pour un montant égal à leur JVM entraînant ainsi la réalisation possible d'un gain en capital. Dans ces circonstances, il serait avantageux pour l'actionnaire fondateur de s'assurer de recevoir une contrepartie pour les actions afin d'éviter d'être visé par ces dispositions. De plus, en vertu du

¹⁵ Des règles particulières sont prévues concernant l'aide gouvernementale reçue dans le cadre d'un régime d'achat d'actions prescrit, tel qu'il est défini à l'article 6705 R.I.R. En effet, bien que l'alinéa 40(2)i) L.I.R. réduise la perte résultant de la disposition d'actions détenues dans le cadre d'un régime d'achat d'actions visé par règlement du montant de l'aide reçue, le PBR de telles actions n'est toutefois pas augmenté d'un tel montant, en vertu de la division 53(2k)(i)(C) L.I.R. Ainsi, l'employé ne verra pas son gain en capital réalisé dans le cadre d'un régime d'achat d'actions prescrit augmenté en conséquence de l'aide gouvernementale reçue relativement à de telles actions.

sous-alinéa 69(1)b)(i), si l'employeur dispose de ses actions en faveur d'un employé avec lequel il a un lien de dépendance pour une contrepartie inférieure à la JVM des actions, il sera tout de même réputé avoir reçu par suite de la disposition une contrepartie égale à la JVM des actions.

Par ailleurs, lorsqu'un actionnaire fondateur dispose d'une partie de ses actions en faveur d'un employé, il serait avantageux d'interposer entre la société opérante et l'employé une société de gestion qui acquerra les actions de la société opérante en échange d'un billet en faveur de la société opérante. Une telle structure permettrait à la société de gestion (et ultimement, à l'employé) d'utiliser les dividendes libres d'impôt afin de rembourser le billet.

1.3. UTILISATION D'UNE FIDUCIE

Dans le contexte où les options d'achat d'actions perdent beaucoup de leur attrait en raison notamment de la baisse de valeur des actions, les employeurs tentent de se tourner vers d'autres modes de compensation visant la participation dans l'actionnariat d'une société. Ainsi, une option intéressante consiste en la création d'une fiducie par un employeur au bénéfice d'employés. Ce mécanisme permet une participation des employés dans l'actionnariat, tout en évitant la détention directe d'actions par les employés pour une certaine période. L'utilité de cette structure tient au fait que l'employeur n'a pas à émettre d'actions directement aux employés tout en permettant à ceux-ci de participer à l'accroissement de valeur des actions de la société et éventuellement d'en devenir actionnaires directement. Ce type d'arrangement peut cependant s'avérer complexe et comporte plusieurs implications fiscales autant pour l'employé que pour l'employeur¹⁶.

Essentiellement, les règles décrites précédemment concernant l'inclusion d'un avantage imposable et la déduction de 50 % de cet avantage, lorsque certaines conditions sont satisfaites, s'appliquent à ce genre d'arrangement. À ces fins, le paragraphe 7(2) L.I.R. prévoit toutefois que lorsque des actions sont détenues en fiducie pour le bénéfice d'un employé, conditionnellement ou non, cet employé est réputé avoir acquis les actions au moment où la fiducie a commencé à les détenir et les avoir échangées ou en

¹⁶ Pour une discussion détaillée des considérations fiscales reliées à la création d'une fiducie par un employeur au bénéfice d'employés, voir William R. HOLMES et Colin SMITH, « Using Trusts to Provide Shares to Employees: Part I », (2003), vol. XV, n° 1 *Taxation of Executive Compensation and Retirement*, p. 303.

avoir disposé au moment où la fiducie les a échangées avec une autre personne que l'employé ou en a disposé en faveur d'une telle autre personne.

Certaines règles particulières s'appliquent toutefois à ce type d'arrangement. Nous survolerons dans les lignes qui suivent les règles applicables à ce type d'arrangement.

1.3.1. Émission des actions à une fiducie au bénéfice d'employés

En vertu du paragraphe 7(2) L.I.R., l'employé est, aux fins de l'application de l'article 7 L.I.R. et des alinéas 110(1)d) et 110(1)d.1) L.I.R., réputé avoir acquis les actions au moment où la fiducie a commencé à les détenir pour le bénéfice de celui-ci.

Selon que la société émettrice est une SPCC ou non, un avantage imposable calculé selon la JVM des actions à ce moment sera réalisé par l'employé. C'est encore une fois le moment de l'inclusion de cet avantage au revenu de l'employé qui diffèrera, selon que la société émettrice est une SPCC ou non. Dans le cas d'une SPCC, l'avantage ne sera à inclure qu'au moment où l'employé disposera des actions. Dans les autres cas, l'avantage devra être inclus dès le moment de l'acquisition des actions par la fiducie. Le statut de la société émettrice en tant que SPCC revêtira donc encore une fois une grande importance.

Les déductions des alinéas 110(1)d) et 110(1)d.1) seront applicables aux mêmes conditions que celles décrites précédemment. Toutefois, aux fins de l'alinéa 110(1)d.1), l'exigence de détention des actions pour une période minimale de deux ans sera satisfaite lorsque la fiducie aura détenu les actions pour une telle période, selon la règle prévue au paragraphe 7(2). Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'employé ait détenu les actions personnellement pour une telle période pour pouvoir bénéficier de la déduction.

1.3.2. Détention des actions par une fiducie au bénéfice d'employés

Au cours de la période de détention des actions par la fiducie, les dividendes reçus par la fiducie seront imposables au niveau de la fiducie, à moins d'être distribués par la fiducie, auquel cas ils seront inclus au revenu de l'employé à titre de revenu d'emploi, en vertu de l'alinéa 6(1)g) L.I.R.

Un tel arrangement constitue un régime de prestations aux employés, tel qu'il est défini au paragraphe 248(1) L.I.R.¹⁷ En vertu de l'alinéa 6(1)g), les montants reçus en vertu d'un tel régime sont à inclure au revenu de l'employé à titre de revenu tiré d'une charge ou d'un emploi¹⁸.

¹⁷ Le paragraphe 248(1) L.I.R. définit ainsi cette expression :

« «régime de prestations aux employés» Mécanisme dans le cadre duquel des cotisations sont versées à une autre personne – appelée « dépositaire d'un régime de prestations aux employés » à la présente loi – par un employeur ou par toute autre personne avec qui l'employeur a un lien de dépendance et en vertu duquel un ou plusieurs paiements sont à faire à des employés ou anciens employés de l'employeur ou à des personnes qui ont un lien de dépendance avec l'un de ces employés ou anciens employés, ou pour le bénéfice de ces employés, anciens employés ou personnes – sauf un paiement qui n'aurait pas à être inclus dans le calcul du revenu du bénéficiaire compte non tenu du sous-alinéa 6(1)a)(ii) et de l'alinéa 6(1)g); ne sont pas des régimes de prestations aux employés :

- a) les régimes visés au sous-alinéa 6(1)a)(i) ou à l'alinéa 6(1)d) ou (f);
- b) les fiducies visées à l'alinéa 149(1)y);
- c) les fiducies d'employés;
- c.1) les ententes d'échelonnement du traitement applicables à un contribuable dans le cadre desquelles des montants différés doivent être ajoutés comme avantages en vertu de l'alinéa 6(1)a) dans le calcul du revenu de ce contribuable;
- c.2) les conventions de retraite;
- d) les mécanismes dont le seul but est de dispenser à des employés de l'employeur un enseignement ou une formation qui vise à améliorer leur compétence au travail ou leurs connaissances en rapport avec ce travail;
- e) les mécanismes visés par règlement. »

Le paragraphe 248(1) définit « fiducie d'employés » aux fins de l'alinéa c). Les conditions d'application de cette définition sont telles que cette notion n'inclut pas une fiducie détenant des actions au bénéfice d'employés, les droits n'étant pas immédiatement dévolus aux employés. Dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-502, *Communiqué spécial*, « Régimes de prestations aux employés et fiducies d'employés », 31 mai 1991, on énonce les règles applicables aux régimes de prestations aux employés ainsi qu'aux fiducies d'employés.

¹⁸ Selon la définition de « fiducie » au paragraphe 108(1) L.I.R., aux fins de l'application des paragraphes 104(4), (5), (5.2), (12), (13.1), (13.2), (14) et (15) L.I.R., lesquels prévoient certaines règles relatives à l'imposition des fiducies et de leurs bénéficiaires, « fiducie » n'inclut pas un régime de prestations aux employés tel qu'il est défini au paragraphe 248(1). Ainsi, ces règles ne s'appliquent pas aux dividendes reçus par une fiducie relativement aux actions détenues par la fiducie au bénéfice d'employés.

La jurisprudence¹⁹ a donné préséance aux règles de l'article 7 sur celles de l'alinéa 6(1)g), ce qui explique qu'au moment de l'émission des actions à la fiducie, ce sont les règles de l'article 7 qui s'appliquent, et non celles de l'alinéa 6(1)g). Les montants visés tant par les règles de l'article 7, concernant les options d'achat d'actions que celles de l'alinéa 6(1)g), concernant les régimes de prestation aux employés sont en effet assujettis aux règles relatives aux options d'achat d'actions, et non à celles concernant les régimes de prestations aux employés puisque, selon la jurisprudence, les règles spécifiques de l'article 7 doivent avoir préséance sur celles plus générales de l'alinéa 6(1)g)²⁰.

Les règles de l'article 7 ne prévoient toutefois pas le traitement des dividendes versés à même les actions détenues par une fiducie au bénéfice d'employés. Ainsi, c'est l'alinéa 6(1)g) qui trouve application pour ces fins particulières.

1.3.3. Transfert des actions par la fiducie aux employés bénéficiaires

Le transfert des actions par la fiducie aux employés bénéficiaires ne donne normalement lieu à aucune conséquence fiscale, ni pour la fiducie, ni pour les employés bénéficiaires, en raison de l'application de l'alinéa 107.1b) L.I.R., lequel prévoit les règles applicables lorsque des biens d'une fiducie régie par un régime de prestations aux employés sont attribués par la fiducie à un employé qui en est le bénéficiaire.

¹⁹ *MRN c. Chrysler Canada Ltd.*, 92 D.T.C. 6061 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après « *Chrysler Canada Ltd.* »).

²⁰ Selon le juge Strayer de la Cour fédérale, Division de première instance, dans l'affaire *Chrysler Canada Ltd.*, cette conclusion est supportée par l'alinéa 7(3)a) L.I.R., lequel prévoit ce qui suit :

« 7. (3) Dispositions spéciales [avantage imposable en vertu de l'article 7 seulement] – Lorsqu'une personne admissible donnée est convenue d'émettre ou de vendre de ses titres, ou des titres d'une personne admissible avec laquelle elle a un lien de dépendance, à un de ses employés ou à un employé d'une personne admissible avec laquelle elle a un lien de dépendance, les présomptions suivantes s'appliquent :

a) l'employé est réputé ne pas avoir reçu d'avantage ni avoir bénéficié d'un avantage en vertu ou par l'effet de la convention, sauf indication contraire au présent article; [...]. »

Cette disposition prévoit en effet que la fiducie est réputée avoir disposé des actions et en avoir tiré un produit égal à leur coût indiqué²¹, immédiatement avant ce moment et que l'employé est réputé avoir acquis les actions à un coût égal au plus élevé de la JVM des actions à ce moment et du PBR de sa participation dans la fiducie. Il s'agira normalement de la JVM des actions à ce moment, le PBR de la participation de l'employé dans la fiducie étant normalement nul. Selon l'alinéa 107.1c), l'employé est réputé avoir disposé de sa participation dans la fiducie et en avoir tiré un produit égal à son PBR.

Compte tenu de la priorité des dispositions de l'article 7 sur celles de l'alinéa 6(1)g), aucun montant ne doit être inclus au revenu de l'employé au moment du transfert des actions²². Il résulte donc de l'application de ces dispositions que toute plus-value des actions au cours de la période durant laquelle elles étaient détenues par la fiducie demeurera libre d'impôt.

1.3.4. Disposition des actions par une fiducie au bénéfice d'employés

La disposition des actions par la fiducie donnera lieu, selon les règles d'application générale, à un gain en capital assujéti à l'impôt au niveau de la fiducie, la fiducie étant assujéti à l'impôt à titre de particulier en vertu du paragraphe 104(2) L.I.R. Toutefois, selon les règles de l'alinéa 104(6)a.1) L.I.R., les gains en capital distribués à un employé l'année même au cours de laquelle ils ont été réalisés seront déduits du revenu de la fiducie. Cette déduction au niveau de la fiducie, prévue au paragraphe 104(6), doit généralement se lire en conjonction avec le paragraphe 104(13), lequel prévoit l'inclusion des gains en capital distribués au revenu du bénéficiaire. Or, le paragraphe 104(13) ne s'applique pas à un régime de prestations aux employés, sauf dans la mesure où le bénéficiaire y a cotisé comme employeur. Tel qu'il a été mentionné précédemment, il en résulte donc que la plus-value des actions acquise durant la période au cours de laquelle elles étaient détenues par la fiducie demeurera libre d'impôt, comme c'est le cas lorsque les actions sont transférées par la fiducie aux employés bénéficiaires.

²¹ Selon l'élément b) de la définition du paragraphe 248(1) L.I.R., leur PBR.

²² Si les règles de l'article 7 L.I.R. n'avaient pas été applicables à l'arrangement, l'alinéa 6(1)g) L.I.R. aurait toutefois commandé l'inclusion au revenu de l'employé d'un montant égal à la valeur des actions. Voir en ce sens les commentaires de W. R. HOLMES et C. SMITH, *loc. cit.*, note 16.

1.3.5. Déchéance des actions, sans que les actions n'aient été acquises par l'employé

Les actions ne sont normalement dévolues aux employés que lorsque certaines conditions sont respectées²³. S'il advenait que ces conditions ne soient pas réunies, il y aurait alors déchéance du droit conditionnel de l'employé d'acquérir les actions. L'employeur rachètera ou annulera alors les actions et, en vertu de l'alinéa 7(2)b) L.I.R., l'employé sera réputé avoir disposé des actions.

Cette déchéance du droit conditionnel de l'employé n'aura pas pour effet d'annuler l'avantage imposable par ailleurs réalisé par l'employé en raison de l'acquisition des actions par la fiducie, et ce, bien qu'en définitive, l'employé n'ait rien reçu en contrepartie de ce droit conditionnel. Le paragraphe 8(12) L.I.R. prévoit une déduction dans de telles circonstances. Cette déduction est égale à l'excédent de la valeur de l'avantage inclus dans le revenu de l'employé sur le montant de la déduction dont il a par ailleurs bénéficié en vertu de l'alinéa 110(1)d) ou d.1). Cette déduction (qui ne sera applicable que si la fiducie ne reçoit, en contrepartie des actions, qu'une somme qui ne dépasse pas celle qu'elle avait versée à l'employeur émetteur pour acquérir les actions) ne peut être réclamée que dans l'année d'imposition au cours de laquelle l'employé est réputé avoir disposé des actions.

Lorsque l'employeur ayant émis des actions à la fiducie est une SPCC, la déduction du paragraphe 8(12) sera donc applicable à la même année d'imposition que celle au cours de laquelle l'avantage réalisé par l'employé doit être inclus dans son revenu. Le mécanisme du paragraphe 8(12) aura donc pour effet d'annuler les conséquences fiscales résultant pour l'employé de l'acquisition des actions par la fiducie.

Par ailleurs, lorsque l'employeur n'est pas une SPCC, la déduction ne sera possiblement réclamée que bien après l'inclusion dans le revenu de l'employé de l'avantage imposable résultant de l'acquisition des actions par la fiducie. Il est donc possible, selon les circonstances, que la déduction ne couvre pas totalement l'avantage imposable préalablement inclus au revenu de l'employé. L'employé peut donc, dans certains cas, être pénalisé du point

²³ Ces conditions peuvent être relatives notamment à la durée de l'emploi de l'employé auprès de l'employeur ou à certaines normes de performance de l'employé ou de l'entreprise de l'employeur.

de vue fiscal à la suite de la mise sur pied d'un tel arrangement, sans avoir obtenu en contrepartie quelque avantage que ce soit de la fiducie.

Il appert de ce qui précède que certaines conséquences indésirables peuvent résulter de ce type d'arrangement, tant pour l'employé bénéficiaire que pour le fisc. Plus particulièrement, une telle fiducie permet d'éviter l'impôt sur la plus-value des actions accumulée dans la période au cours de laquelle les actions sont détenues par la fiducie. À ce sujet, des modifications législatives eu égard au paragraphe 7(2) L.I.R. devraient être envisagées.

1.4. GEL SUCCESSORAL

Un employeur peut choisir d'intéresser une relève dans son entreprise en procédant à un gel successoral par lequel la totalité ou une partie de la valeur de son entreprise sera « gelée » dans des actions privilégiées, dont il sera le détenteur, la plus-value future de l'entreprise s'accumulant à compter du gel dans les actions ordinaires détenues par les employés. Les actions ordinaires pourraient également être détenues par une fiducie dont les employés visés seraient bénéficiaires.

Pour procéder à un tel gel, l'employeur aura recours aux mécanismes de la conversion, du roulement ou de l'échange d'actions (ou remaniement de capital), prévus par les articles 51, 85 ou 86 L.I.R., selon le cas²⁴.

1.4.1. Conversion d'actions en vertu de l'article 51 L.I.R.

Les conditions d'application d'une conversion d'actions en vertu de l'article 51 dans le contexte d'un gel successoral sont les suivantes :

- l'auteur du gel acquiert une ou plusieurs actions de la société (ci-après « actions de gel »);
- en échange d'une ou plusieurs autres actions de la société (ci-après « actions convertibles »);

²⁴ Pour une discussion générale concernant le gel successoral, voir notamment François AUGER et Geneviève LILLE, « Gel successoral - Pièges et attrapes », dans *Colloque - Planification successorale*, 95, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 2:1-57; Richard LEWIN, « Le gel successoral », dans *Journée d'études fiscales 1996*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1996, pp. 3:1-33.

- l'auteur du gel ne reçoit que des actions de gel en échange des actions convertibles; et
- la JVM des actions convertibles ne dépasse pas la JVM des actions de gel.

Ainsi, l'article 51 L.I.R. permet de procéder à un gel partiel, mais exige toutefois que les actions de gel constituent la seule contrepartie reçue par l'auteur du gel pour ses actions convertibles. Lorsque ces conditions sont satisfaites, les règles de l'article 51 prévoient essentiellement les conséquences suivantes :

- sauf pour l'application du paragraphe 20(21) L.I.R., l'échange est réputé ne pas constituer une disposition des actions convertibles;
- le coût pour l'auteur du gel des actions de gel est réputé égal au PBR des actions convertibles immédiatement avant l'échange;
- pour l'application des articles 74.4 et 74.5 L.I.R., l'échange est réputé être un transfert des actions convertibles par l'auteur du gel à la société;
- le capital versé des actions de gel est régi par les règles du paragraphe 51(3) L.I.R., lequel prévoit certains ajustements permettant d'éviter qu'un dividende réputé ne résulte de la conversion.

La conversion étant réputée ne pas constituer une disposition, aucun gain en capital n'aura été réalisé par l'auteur du gel, au moment de celui-ci. Comme à la suite de la conversion, il détiendra des actions privilégiées de gel ayant le même PBR que les actions ordinaires convertibles qu'il détenait avant la conversion, ce gain sera reporté au moment où il disposera de ses actions de gel.

Les bénéficiaires du gel pourront pour leur part souscrire des actions ordinaires de la société, normalement pour un montant nominal, dans la mesure où la totalité de la valeur de la société aura fait l'objet du gel.

1.4.2. Roulement en vertu de l'article 85 L.I.R.

L'utilisation de l'article 85 comporte notamment l'avantage de permettre un gel partiel, tout en permettant à l'auteur du gel de recevoir une contrepartie autre qu'en actions pour ses actions ordinaires de la société opérante.

Normalement, la somme convenue dans le cadre du roulement sera égale au PBR des actions échangées de façon à éviter le gain en capital réalisé par l'auteur du transfert au moment du gel, à moins que des circonstances (notamment une perte en capital antérieure inutilisée ou la possibilité de cristalliser l'exonération relative aux AAPE) ne rendent appropriée la réalisation immédiate d'un gain en capital. Ainsi, sous réserve de circonstances justifiant la réalisation immédiate d'un gain en capital, l'auteur du gel qui ne reçoit pas une contrepartie autre qu'en actions ne réalisera un gain en capital qu'au moment où il disposera lui-même des actions de gel.

Les bénéficiaires du gel pourront, à la suite du roulement, souscrire à des actions ordinaires de la société opérante. Comme dans le cas d'une conversion en vertu de l'article 51 L.I.R., ils souscriront aux actions de la société opérante pour un coût nominal, dans la mesure où la totalité de la valeur de la société aura fait l'objet du gel. Dans le cas d'un gel partiel, les actions ordinaires auxquelles souscriront les bénéficiaires du gel refléteront la valeur non transférée de la société.

1.4.3. Échange en vertu de l'article 86 L.I.R.

Le mécanisme de remaniement de capital prévu à l'article 86 ne s'applique que dans le contexte d'un gel total. Il n'est ainsi pas permis de procéder à un gel partiel dans le cadre de l'application de l'article 86. Par ailleurs, l'article 86 est d'application automatique lorsque les conditions qui y sont prévues sont réunies. Comme dans le cas de l'article 85 L.I.R., un remaniement de capital en vertu de l'article 86 permet toutefois à l'auteur du transfert de recevoir une contrepartie autre qu'en actions.

Les conditions d'application de l'article 86 dans le cadre d'un gel successoral sont les suivantes :

- l'auteur du gel doit disposer de toutes les actions qu'il possède d'une catégorie donnée du capital-actions de la société (ci-après « anciennes actions »);
- en échange des anciennes actions, l'auteur du gel doit recevoir des actions de la société (ci-après « actions de gel »), d'une catégorie différente des anciennes actions.

Les conséquences d'un échange d'actions en vertu de l'article 86 sont les suivantes :

- l'auteur du gel sera réputé avoir disposé des anciennes actions pour un prix égal à son PBR pour les actions de gel et de la contrepartie autre qu'en actions reçues;
- le PBR des actions de gel pour l'auteur du gel sera égal à la différence entre le PBR des anciennes actions pour l'auteur du gel et la contrepartie autre qu'en actions reçues par l'auteur du gel;
- le capital versé des actions de gel est régi par les règles du paragraphe 86(2.1) L.I.R., lequel prévoit certains ajustements permettant d'éviter qu'un dividende réputé ne résulte de la conversion.

Ainsi, bien que l'auteur du gel soit réputé avoir disposé des anciennes actions, le produit de disposition sera tel qu'il ne réalisera aucun gain en capital au moment du gel, à moins qu'il ne reçoive une contrepartie autre qu'en actions.

Les bénéficiaires du gel pourront, par suite du remaniement de capital, souscrire à des actions ordinaires de la société. Comme la totalité de la valeur des actions de la société aura été gelée dans les actions de gel, ils souscriront normalement à ces actions au coût nominal.

1.4.4. Considérations additionnelles

Peu importe la méthode choisie, la décision de procéder à un gel successoral soulève diverses questions qui devront être considérées.

1.4.4.1. Contrôle de la société

Une première méthode pour assurer le maintien du contrôle de la société par l'actionnaire fondateur, auteur du gel, serait de procéder, dans le cadre du gel, à la création et à l'émission en sa faveur d'actions à droits de vote multiples. Les conditions entourant ces actions devront toutefois faire en sorte que ce contrôle ne puisse être transmis à un tiers en cas de décès de l'auteur du gel. Notamment, le rachat par la société des actions à droits de vote multiples en cas de décès de l'auteur du gel pourrait être prévu. Une convention entre actionnaires pourrait être un autre moyen de prévoir le sort de telles actions en cas de décès de l'auteur du gel.

Le maintien du contrôle de la société par l'auteur du gel peut également être assuré par l'utilisation d'une fiducie discrétionnaire qui détiendra les actions ordinaires émises dans le cadre du gel. Aucune action ordinaire ne sera donc directement émise en faveur des bénéficiaires du gel. Les

bénéficiaires de la fiducie discrétionnaire seront l'auteur du gel ainsi que les bénéficiaires du gel. Afin de maintenir le contrôle voulu, l'auteur du gel sera également fiduciaire de la fiducie, avec une tierce personne qui n'est ni constituant ni bénéficiaire²⁵. Une telle structure permettra également à l'auteur du gel de procéder à un « dégel » si les circonstances ayant justifié le gel se trouvaient modifiées. Il suffira en effet dans un tel cas de distribuer les actions ordinaires à l'auteur du gel²⁶.

L'utilisation d'une fiducie discrétionnaire dont l'auteur du gel serait bénéficiaire pourrait entraîner l'application des règles d'attribution du paragraphe 75(2) L.I.R. si l'auteur du gel était également constituant de la fiducie. Au surplus, l'application du paragraphe 75(2) aurait pour conséquence additionnelle d'empêcher un roulement éventuel des actions de la fiducie à ses bénéficiaires, en vertu de l'application du paragraphe 107(4.1) L.I.R. Afin d'éviter ces conséquences indésirables, la fiducie devrait être constituée par une personne qui n'est ni fiduciaire ni bénéficiaire²⁷.

1.4.4.2. Règles d'attribution

Les méthodes de gel successoral décrites précédemment soulèvent également la question de l'application possible des règles d'attribution corporatives prévues au paragraphe 74.4(2) L.I.R. Les conditions d'application de cette disposition dans le cadre d'un gel successoral sont les suivantes :

- il est raisonnable de considérer que l'un des principaux objets du transfert d'actions effectué à la société par l'auteur du gel consiste à réduire le revenu de ce dernier et à avantager directement ou indirectement le bénéficiaire du gel;

²⁵ L'article 1275 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, prévoit en effet que le constituant ou le bénéficiaire peut être fiduciaire, mais qu'il doit dans ce cas agir conjointement avec un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire.

²⁶ À ce sujet, voir notamment Luc MARTEL, « Méthodes de dégel successoral », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 25:1-50, qui discute de façon plus approfondie de cette question.

²⁷ L'application des paragraphes 75(2) et 107(4.1) L.I.R. est discutée plus en détail par Natasha GIROUARD, « Panel sur les fiducies, Partie C, Utilisation d'une fiducie résidente à des fins de protection d'actifs et fiducie réversible », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 33:79-100.

- le bénéficiaire du gel est une personne désignée en ce qui concerne l'auteur du gel (il est son époux ou conjoint de fait, ou une personne de moins de 18 ans avec qui il a un lien de dépendance, ou est son neveu ou sa nièce);
- la société n'est pas une société exploitant une petite entreprise; et
- le bénéficiaire du gel est un actionnaire déterminé de la société (il possède au moins 10 % des actions émises d'une catégorie donnée du capital-actions de la société).

Dans le cas d'une conversion en vertu de l'article 51 L.I.R., nous l'avons vu pour l'application des articles 74.4 et 74.5 L.I.R., l'échange est réputé être un transfert des actions convertibles par l'auteur du gel à la société, assujettissant en principe la conversion aux règles d'attribution corporatives, dans la mesure où les conditions d'application sont satisfaites.

Dans le cas d'un roulement ou d'un remaniement de capital en vertu des articles 85 et 86 L.I.R., l'auteur effectue clairement un transfert de ses actions ordinaires en faveur de la société²⁸. Les règles d'attribution corporatives sont donc potentiellement applicables dans les deux cas.

Le paragraphe 74.4(4) L.I.R. prévoit toutefois une exception à l'application du paragraphe 74.4(2), lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- la seule participation que le bénéficiaire du gel a dans la société est un droit de bénéficiaire sur une fiducie qui détient des actions de la société;
- selon l'acte de fiducie, le bénéficiaire du gel ne peut recevoir aucun revenu ou capital de la fiducie, ni en obtenir l'utilisation, tant qu'il est, en ce qui concerne l'auteur du gel, une personne désignée;
- le bénéficiaire du gel n'a reçu aucun revenu ou capital de la fiducie, ni n'en a obtenu l'utilisation, et la fiducie n'a bénéficié d'aucune déduction (en vertu des paragraphes 104(6) et (12) L.I.R.) à l'égard du bénéficiaire

²⁸ Pour une discussion quant au sens du mot « transfert », voir Guy FORTIN et Mélanie BEAULIEU, « The Meaning of the Expressions “In the Ordinary Course of Business” and “Directly and Indirectly” », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 36:1-60.

alors qu'il était, en ce qui concerne l'auteur du gel, une personne désignée.

Ainsi, l'utilisation d'une fiducie détenant les actions ordinaires émises dans le cadre du gel pourrait avoir l'avantage additionnel de permettre d'éviter l'application des règles d'attribution corporatives, dans la mesure où les conditions du paragraphe 74.4(4) sont satisfaites. Les circonstances de chaque cas doivent toutefois être analysées soigneusement avant de procéder au gel²⁹.

1.4.4.3. Considérations comptables

Selon le chapitre 3860 du *Manuel de l'ICCA*, les actions de gel comportant certaines caractéristiques doivent être présentées aux fins des états financiers dans le passif plutôt que dans l'avoir des actionnaires, à leur valeur de rachat, la différence entre le capital déclaré et la valeur de rachat étant imputée aux bénéfices non répartis. En effet, le chapitre 3860 du *Manuel de l'ICCA* prévoit ce qui suit :

« Lorsqu'une action privilégiée comporte pour l'émetteur de racheter l'action à un prix déterminé ou déterminable et à une date ultérieure déterminée ou déterminable, ou confère au détenteur le droit d'exiger que l'émetteur rachète l'action à une date donnée ou à compter d'une date donnée à un prix déterminé ou déterminable, l'instrument répond à la définition du passif financier et il est classé comme tel. Une action privilégiée qui n'est pas explicitement assortie d'une telle condition contractuelle peut l'être implicitement en raison des conditions qui y sont attachées. [...]»³⁰

Bien que l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») ait déjà énoncé qu'aux fins de l'impôt des grandes sociétés, cette caractérisation comptable ne modifiera pas la caractérisation juridique de ces actions privilégiées³¹, cette caractérisation comptable peut avoir d'autres conséquences importantes, notamment aux fins de l'analyse des états financiers et de la capacité d'emprunt de la société émettrice.

²⁹ Pour une discussion plus détaillée des mécanismes permettant d'éviter l'application des règles d'attribution corporatives, voir F. AUGER et G. LILLE, *loc. cit.*, note 24.

³⁰ INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, par. 22.

³¹ Voir notamment AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9615465, 17 juillet 1996.

2. UTILISATION D'UN REÉR POUR ACQUÉRIR DES ACTIONS

L'utilisation d'un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») peut également s'avérer un mécanisme avantageux pour permettre à un employé de devenir actionnaire, dans la mesure où une telle utilisation est permise. Les règles applicables aux REÉR sont prévues à l'article 146 L.I.R.

L'une des conditions d'application de ces règles est que l'action acquise constitue un placement admissible, tel qu'il est défini au paragraphe 146(1) L.I.R. L'article 4900 R.I.R. élargit quelque peu la notion de « placement admissible » au REÉR, telle qu'elle est définie au paragraphe 146(1) L.I.R.

Les actions de sociétés publiques sont en principe admissibles, en vertu de l'alinéa 4900(1)d) R.I.R.

Aux fins de l'intéressement d'un employé dans une société privée, les paragraphes 4900(6) et 4900(12) R.I.R. sont applicables.

Les conditions d'application du paragraphe 4900(6) R.I.R. sont les suivantes :

- l'action acquise doit être une action du capital-actions d'une société admissible, soit une société canadienne imposable qui n'est pas contrôlée par des non-résidents et dont la totalité ou presque des biens est utilisée dans une entreprise admissible exploitée activement (essentiellement une entreprise exploitée principalement au Canada, à l'exclusion d'une entreprise (sauf une entreprise de louage de biens qui ne sont pas des biens immeubles) dont l'objet principal est de tirer un revenu de biens (y compris les intérêts, dividendes, loyers et redevances) et d'une entreprise qui consiste à tirer des gains de la disposition de biens, sauf les biens figurant à l'inventaire de l'entreprise);
- l'employé (rentier du régime) ne doit pas être un actionnaire désigné du régime (essentiellement une personne, sauf une personne exonérée, qui est propriétaire, directement ou indirectement, d'au moins 10 % des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société, sauf si le PBR des actions qu'il détient est inférieur à 25 000 \$).

Le paragraphe 4900(8) R.I.R. prévoit toutefois une exception à l'application du paragraphe 4900(6) R.I.R., lorsque des montants relativement à l'action sont versés au régime et qu'il est raisonnable de considérer le montant comme un montant au titre ou en paiement intégral ou

partiel des services fournis à l'émetteur³². Dans ces circonstances, le paragraphe 4600(6) R.I.R. ne trouve pas application et les actions acquises ne constituent donc pas un « placement admissible », ce qui entraîne l'application du paragraphe 146(10) L.I.R., lequel prévoit l'inclusion dans le revenu de l'employé de la JVM du placement non admissible.

Les conditions d'application du paragraphe 4900(12) R.I.R. sont les suivantes :

- l'action acquise doit être une action du capital-actions d'une société exploitant une petite entreprise (essentiellement une SPCC et dont la totalité, ou presque, de la JVM des éléments d'actif est attribuable, à un moment donné, à des éléments qui sont utilisés principalement dans une entreprise que la société exploite activement principalement au Canada);
- l'employé (rentier du régime) ne doit pas être un actionnaire rattaché du régime (essentiellement une personne, sauf une personne exonérée, qui est propriétaire, directement ou indirectement, d'au moins 10 % des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société).

Le paragraphe 4900(13) R.I.R. prévoit cependant une exception à l'application du paragraphe 4900(12) R.I.R., (similaire à celle prévue au paragraphe 4900(8) R.I.R.) lorsqu'un montant relativement à l'action est versé au régime et qu'il est raisonnable de considérer le montant comme un montant au titre ou en paiement intégral ou partiel des services fournis à l'émetteur. Comme dans le cas du paragraphe 4600(8) R.I.R., lorsque ces circonstances sont applicables, le paragraphe 4600(12) R.I.R. ne trouve pas application et les actions acquises ne constituent donc pas un « placement admissible ». Encore une fois, il en résulte l'application du paragraphe 146(10) L.I.R.

Dans la mesure où ces conditions d'application sont réunies et que les autres conditions d'application du REÉR le sont également, l'employé pourra utiliser son REÉR pour acquérir des actions de la société de son employeur³³.

³² Cette règle vise à empêcher qu'un employé transfère à son REÉR une participation dans le capital-actions d'une société pour que des dividendes attribuables à des services rendus à la société par l'employé soient ensuite versés par la société, libre d'impôt, au REÉR de l'employé.

³³ Pour une discussion plus approfondie de cette question, voir L. LACOMBE, *loc. cit.*, note 3.

3. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES ET IMPÔT DES PARTIES IV.1 ET VI.1 L.I.R.

Dans le contexte d'une société privée et étant donné l'absence de marché immédiat permettant à un actionnaire de se départir de ses actions, la convention entre actionnaires pourra prévoir l'obligation de la société émettrice ou d'un coactionnaire de racheter³⁴ ou d'acheter les actions consenties à un employé dans certaines circonstances. Il est important de mentionner que de tels droits seront susceptibles d'entraîner l'application des règles relatives aux « actions privilégiées imposables » et plus particulièrement de l'impôt de la Partie VI.1 et IV.1 L.I.R.

Dans le contexte d'une convention entre actionnaires, les Parties VI.1 et IV.1 L.I.R. pourront être applicables si la convention prévoit des mécanismes visant à protéger un actionnaire contre une perte potentielle ou assurant celui-ci d'un rendement minimum. Tel qu'il est mentionné, il peut en être ainsi lorsqu'une convention entre actionnaires prévoit des obligations de rachat par la société ou d'achat d'actions entre coactionnaires. Ces garanties pourront se situer dans une convention relative à l'action, telle une convention entre actionnaires, et feront en sorte que les actions seront considérées comme des « actions privilégiées imposables » en vertu du sous-alinéa b)(iv) de la définition de ce terme prévue au paragraphe 248(1) L.I.R.

³⁴ À cet égard, il est pertinent de noter qu'une double imposition peut résulter d'un rachat d'actions par ailleurs acquises par l'employeur dans le cadre d'un régime d'options d'achat d'actions. En effet, dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0179145, 26 mars 2003, on a énoncé récemment que le paragraphe 248(28) L.I.R., édictant certaines règles permettant d'éviter la double imposition, ne s'applique pas à une situation par laquelle des actions émises dans le cadre d'un régime d'options d'achat d'actions sont par la suite rachetées par la société émettrice, donnant ainsi lieu à un dividende réputé. L'ARC fonde cette conclusion sur le fait que l'avantage de l'article 7 L.I.R. et le dividende réputé du paragraphe 84(3) L.I.R. résultent de deux événements distincts et qu'il ne s'agit pas là d'un même montant qui serait inclus deux fois au revenu d'un contribuable. Par ailleurs, l'ARC note qu'en raison de l'ajustement au produit de disposition des actions pour l'employé, devant être fait en vertu de l'article 54 L.I.R. à la suite du dividende réputé, il résultera pour l'employé une perte en capital. De plus, les obligations de retenues relativement à l'avantage imposable calculé en vertu de l'article 7 L.I.R. s'appliqueront dans le cas du rachat, étant donné qu'un montant d'argent est payé à l'employé contrairement à la situation où le simple exercice de l'option n'implique pas de transfert de fonds. Dans ce dernier cas, la position de l'ARC veut que les retenues à l'égard de l'avantage imposable ne soient pas à effectuer. L'obligation de produire une déclaration d'information (T4 et Relevé 1) relativement à cet avantage demeure cependant applicable.

Il est à noter que même en l'absence d'une convention entre actionnaires, des actions pourront remplir les critères de cette définition, notamment si l'obligation de rachat ou d'achat se trouve dans les termes de l'action. Dans ce contexte, il nous semble utile de faire le survol des règles relatives à l'impôt des Parties VI.1 et IV.1 L.I.R., lesquelles s'appliquent aux actions privilégiées imposables.

En vertu de l'article 191.1 L.I.R., une société qui paie un dividende sur une action privilégiée imposable devra payer un impôt de 25 % ou 40 % du dividende ainsi payé³⁵. Par ailleurs, lorsque l'action est une action privilégiée à court terme³⁶, l'impôt de la Partie VI.1 L.I.R. s'appliquera à un taux de 50 %³⁷.

Étant donné la portée très large de la définition d'« action privilégiée imposable » et les conséquences fiscales négatives qui y sont rattachées, il est de première importance, dans le cadre de la mise en place ou de la

³⁵ La société émettrice choisira normalement de payer l'impôt de la Partie VI.1 L.I.R. à un taux plus élevé, soit 40 % plutôt que celui de 25 % lorsque le détenteur de l'action est une société publique ou une institution financière qui serait autrement assujettie à l'impôt de 10 % prévu par la Partie IV.1 à l'égard de ce dividende. L'impôt de la Partie IV.1 n'est pas applicable lorsque la société émettrice choisit, conformément à l'article 191.2 L.I.R., de payer l'impôt de la Partie VI.1 à un taux de 40 %. Le choix d'être imposée à un taux de 40 %, faisant ainsi en sorte que l'impôt de la Partie IV.1 L.I.R. n'est pas applicable, peut être avantageux étant donné que seul l'impôt de la Partie VI.1 peut être porté en diminution de l'impôt de la Partie I L.I.R. autrement payable, et ce, conformément à l'alinéa 110(1)k) L.I.R. L'impôt de la Partie VI.1 pourra ainsi être récupéré selon le taux d'imposition applicable à la société émettrice. L'impôt de la Partie IV.1 ne peut, quant à lui, que réduire l'impôt de la Partie IV L.I.R. autrement payable sur le dividende reçu par une « société assujettie » conformément au paragraphe 186(1.1) L.I.R. L'impôt de la Partie IV.1 ne sera pas une considération dans un contexte de société privée, étant donné qu'un dividende reçu par une telle société n'est pas assujetti à l'application de l'impôt de la Partie IV.1.

³⁶ Le paragraphe 248(1) L.I.R. définit le terme « action privilégiée à court terme » comme une action dont les caractéristiques, une convention ou une modification de ces caractéristiques ou de cette convention prévoient que la société émettrice ou une personne apparentée à celle-ci (c'est-à-dire qui a un lien de dépendance avec la société) a l'obligation ou peut avoir l'obligation, à tout moment dans les cinq ans suivant la date d'émission de l'action, de racheter, d'acquiescer ou d'annuler l'action en tout ou en partie – sauf si l'obligation ne survient qu'en cas de décès de l'actionnaire ou qu'à cause seulement d'un droit de conversion ou d'échange de l'action – ou de réduire le capital versé au titre de l'action.

³⁷ En vertu de l'alinéa 187.1(1)d) L.I.R., lorsque le dividende est assujetti à un impôt de 66 2/3 % pour la société émettrice, l'impôt de la Partie IV.1 L.I.R. ne sera normalement pas applicable au dividende.

modification d'une convention entre actionnaires, de procéder à un examen minutieux des caractéristiques des actions émises et de toute convention se rapportant à celles-ci afin d'évaluer si ces actions peuvent être considérées comme des actions privilégiées imposables. Il est à noter que même une action ordinaire pourra être considérée comme une action privilégiée imposable dépendamment des termes de l'action ou d'une convention relative à l'action, telle une convention entre actionnaires. Il est donc important de ne pas se laisser berner par le terme « action privilégiée imposable ».

Par exemple, certains droits contenus dans une convention entre actionnaires, notamment les droits d'achat ou de rachat en cas d'événements particuliers (incluant le décès, la faillite, l'invalidité, la retraite), pourront faire en sorte que les actions soient, en fait, des actions privilégiées imposables, et ce, nonobstant que ces actions soient autrement ordinaires ou privilégiées. Dans ce cas, l'action pourra être potentiellement considérée comme une action privilégiée à court terme et par le fait même une action privilégiée imposable³⁸ étant donné que le droit contenu à la convention entre actionnaires pourra faire en sorte que la société émettrice ou une personne avec laquelle cette société a un lien de dépendance soit obligée d'acheter ou de racheter l'action dans un délai de cinq ans à partir de l'émission de l'action. Par ailleurs, et tel qu'il a été mentionné précédemment, toute garantie ayant pour but de limiter la perte qui pourrait être subie à l'égard de l'action ou de faire en sorte que l'actionnaire obtienne des gains sur l'action donnée par une personne autre que la société émettrice dans le cadre d'une convention entre actionnaires pourra faire en sorte que l'action visée par la garantie soit considérée comme une action privilégiée imposable. Des obligations d'achat d'actions contenues dans une convention entre actionnaires pourront être assujetties à des garanties visées par le sous-alinéa 248(1b)(iv) de la définition d'« actions privilégiées imposables ». Certaines exceptions relatives à l'impôt de la Partie VI.1 peuvent cependant trouver application dans le contexte d'une convention entre actionnaires. Ces exceptions sont les suivantes.

3.1. EXCEPTION RELATIVE À LA JVM

Conformément au sous-alinéa 248(1f)(ii) de la définition d'« action privilégiée imposable », il ne sera notamment pas tenu compte des garanties ci-dessus mentionnées si la convention entre actionnaires prévoit que le

³⁸ En vertu de l'alinéa a) de la définition d'« action privilégiée imposable » au paragraphe 248(1) L.I.R.

montant auquel l'action peut être achetée par un coactionnaire ne dépassera pas la JVM de l'action au moment de son acquisition³⁹. À l'inverse, si la convention entre actionnaires prévoit un prix d'achat des actions qui dépasse ou peut dépasser (dans le cas, par exemple, où le prix d'achat est déterminé selon une formule) la JVM de celles-ci au moment de l'acquisition, il ne sera pas possible de bénéficier de cette exception, et ce, même si le prix effectivement payé pour les actions est égal à ce montant. De façon générale, diverses clauses habituellement contenues dans les conventions entre actionnaires feront en sorte que l'exception relative à la JVM ne sera pas applicable. Par exemple, les clauses qui prévoient un prix d'achat fixé comme suit feront en sorte qu'il ne sera pas possible de bénéficier de l'exception relative à la JVM :

- i) prix d'achat des actions au moment du décès basé sur le produit d'assurance vie en vigueur au moment du décès. Dans ce cas, l'exception relative à la JVM ne pourra être applicable étant donné que le montant pour lequel les actions peuvent être achetées n'est évidemment pas basé sur la JVM des actions au moment de l'acquisition mais sur un élément sujet à variation, soit le montant d'assurance vie, lequel peut faire l'objet d'ajustements fréquents;
- ii) prix d'achat qui ne tient pas compte de l'escompte relatif au bloc minoritaire d'actions;
- iii) prix d'achat basé sur l'évaluation des actions de la société, effectuée périodiquement;
- iv) prix d'achat qui ne tient pas compte de l'impôt relatif aux actifs de la société (par exemple, la récupération d'amortissement).

L'exception relative à la JVM pourra aussi être applicable si le montant à être versé lors de l'achat ou du rachat des actions est fonction d'un montant déterminé en fonction de l'actif ou des gains de la société émettrice qu'il est raisonnable de considérer comme servant à déterminer, sans égard à la convention, un montant qui ne dépasse pas la JVM des actions au moment de l'acquisition. Il appert que cette partie du test de l'exception relative à la JVM est moins restrictive que la première partie selon laquelle le montant prévu pour l'acquisition des actions doit être précisément égal à la JVM des actions au moment de leur acquisition.

³⁹ Voir l'exception prévue au sous-alinéa 248(1)f)(ii) de la définition d'« action privilégiée imposable ».

Cette exception sera aussi applicable dans le contexte de la définition d'« action privilégiée à court terme »⁴⁰.

3.2. EXCEPTION RELATIVE AU DÉCÈS

En vertu du sous-alinéa 248(1)b)(ii) de la définition d'« action privilégiée imposable », une action sera considérée comme une action privilégiée imposable si l'actionnaire a le droit de recevoir une « part de liquidation » au titre de l'action. Un actionnaire sera considéré comme ayant une « part de liquidation » au titre de l'action si le montant que l'actionnaire a le droit de recevoir lors de la dissolution ou de la liquidation de la société émettrice ou au rachat, à l'acquisition ou à l'annulation de l'action ou à la réduction du capital versé au titre de l'action par la société émettrice ou une personne qui a un lien de dépendance avec la société est, par formule ou autrement, soit fixe, soit plafonné, soit assujéti à un plancher. Ainsi, une « part de liquidation » pourra exister à l'égard d'une action si un actionnaire qui a un lien de dépendance avec une société est tenu d'acheter les actions d'un coactionnaire dans certaines circonstances, notamment en cas de retrait des affaires, d'invalidité, d'incapacité, etc. Cependant, une telle action ne sera pas considérée comme ayant une « part de liquidation » si l'obligation de rachat, d'acquisition ou d'annulation ne survient qu'en cas de décès de l'actionnaire. Il est à noter que la définition d'actions privilégiées à court terme contient aussi une telle exception relative au décès de l'actionnaire.

Étant donné que la plupart des conventions entre actionnaires prévoient de telles obligations dans plusieurs autres circonstances que le décès, l'exception relative au décès ne sera que d'une utilité limitée. De plus, même si l'obligation de rachat ou d'achat est limitée au décès, faisant en sorte que l'action ne serait pas considérée comme ayant une « part de liquidation » ou comme une action privilégiée à court terme, sous réserve de l'application de l'exception relative à la JVM qui s'applique aussi aux fins de la définition, il sera tout de même possible de considérer que l'action bénéficie d'une garantie aux termes du sous-alinéa b)(iv) de la définition d'« action privilégiée imposable » au paragraphe 248(1) L.I.R., faisant en sorte que celle-ci sera tout de même une action privilégiée imposable. En conséquence, afin d'être certain qu'une action assujétiée à des obligations d'achat ou de rachat aux termes des dispositions d'une convention entre actionnaires ne sera pas une action privilégiée imposable ou une action privilégiée à court terme, les dispositions d'une convention entre actionnaires devraient se conformer à l'exception relative à la JVM décrite

⁴⁰ Div. 248(1)a)(i)(B) de la définition d'« action privilégiée à court terme ».

précédemment. Il est entendu qu'à des fins purement commerciales, une telle restriction pourra engendrer des difficultés. Il devient ainsi pertinent d'analyser les autres exceptions à l'application de l'impôt des Parties VI.1 et IV.1 L.I.R. qui peuvent être applicables.

3.3. AUTRES EXCEPTIONS À L'APPLICATION DE L'IMPÔT DE LA PARTIE VI.1 L.I.R.

L'impôt de la Partie VI.1 L.I.R. ne sera pas applicable à un « dividende exclu » tel que ce terme est défini au paragraphe 191(1) L.I.R. Un dividende exclu comprend un dividende que verse une société à un actionnaire qui a alors une « participation importante » dans la société. En vertu du paragraphe 191(2) L.I.R., un actionnaire aura une participation importante dans une société dans les cas suivants :

- a) l'actionnaire est lié à la société;
- b) l'actionnaire est propriétaire à la fois :
 - i) d'actions du capital-actions de la société qui lui confèrent 25 % ou plus des voix pouvant dans tous les cas être exprimées à l'assemblée annuelle des actionnaires de la société;
 - ii) d'actions du capital-actions de la société dont la JVM correspond à 25 % ou plus de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions de la société;
 - iii) soit d'actions du capital-actions de la société, à l'exclusion d'actions privilégiées imposables, dont la JVM correspond à au moins 25 % de la JVM de toutes ces actions du capital-actions de la société; et
 - iv) soit d'actions de chaque catégorie du capital-actions de la société dont la JVM correspond à au moins 25 % de la JVM de toutes les actions émises de cette catégorie.

Il est à noter que l'impôt de la Partie IV.1 L.I.R. ne sera également pas applicable dans le cas où la société qui reçoit le dividende détient une participation importante dans la société qui paie le dividende. Conformément à l'alinéa 187.1b) L.I.R., la notion de participation importante aux fins de la Partie IV.1 est la même qu'aux fins de la Partie VI.1.

Par ailleurs, en vertu du paragraphe 191(4) L.I.R., un dividende sera aussi réputé être un « dividende exclu » si ce dividende résulte de

l'application du paragraphe 84(3) L.I.R. (rachat d'actions) ou du paragraphe 84(2) L.I.R. (distribution lors de la liquidation) et qu'en vertu des termes et conditions de l'action ou d'une convention concernant l'action (telle une convention entre actionnaires), le montant auquel l'action peut être rachetée, acquise ou annulée ne dépasse pas la JVM de la contrepartie pour laquelle l'action a été émise. Dans ce cas, le dividende sera un « dividende exclu » aux fins de la Partie VI.1 et de la Partie IV.1 L.I.R., faisant en sorte que le dividende ne sera pas assujetti à l'impôt qui y est prévu.

Il est important de mentionner que le paragraphe 191.1(2) L.I.R. contient une exonération annuelle d'impôt de la Partie VI.1 de 500 000 \$ sur les dividendes versés par une société sur des actions privilégiées imposables. Conformément aux paragraphes 191.1(2) et (4), cette exonération dite « exemption pour dividendes » doit cependant être réduite dans la mesure où la société et des sociétés qui lui sont associées (voir les commentaires qui suivent concernant la notion de personnes associées) ont, dans l'année civile qui précède, payé des dividendes (autres que des dividendes exclus) d'un montant supérieur à 1 M\$ sur des actions privilégiées imposables. L'exemption pour dividendes doit cependant être partagée entre sociétés associées. En vertu du paragraphe 191.1(3) L.I.R., il est possible de produire un choix afin de répartir cette exemption entre sociétés associées. À défaut de produire un tel choix, la répartition peut être effectuée par le Ministre en vertu du paragraphe 191.1(5) L.I.R.

CONCLUSION

Le survol des considérations fiscales liées à la participation d'employés dans l'actionnariat d'une société démontre l'importance de procéder à une analyse exhaustive des différents régimes pouvant être utilisés à ces fins et des répercussions fiscales de chacun de ces régimes.

TRANSMISSION D'ENTREPRISES : POINT DE VUE DU FONDS DE SOLIDARITÉ FTQ



Gaétan Morin
Vice-président principal
Ressources naturelles et consommation
Fonds de solidarité FTQ

TABLE DES MATIÈRES

1.	CONSTATS	9:3
1.1.	PREMIER SCÉNARIO : L'ENTREPRISE EN HÉRITAGE	9:4
1.2.	DEUXIÈME SCÉNARIO : VENTE DE L'ENTREPRISE	9:4
2.	PRÉOCCUPATIONS DES ENTREPRENEURS ET DES ÉQUIPES DE RELÈVE	9:5
3.	SOURCES DE FINANCEMENT DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ	9:5
4.	LE FONDS RELÈVE PME	9:7
5.	PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DU PROGRAMME.....	9:7
5.1.	FINANCEMENT	9:7
5.2.	PLANIFICATION FISCALE ET SUCCESSORALE	9:8
5.3.	GESTION DE L'ENTREPRISE.....	9:8
5.4.	CHOIX DE LA RELÈVE	9:9

6.	EXEMPLE TYPE D'UNE TRANSACTION.....	9:9
7.	CONDITIONS D'ADMISSIBILITÉ AU PROGRAMME DU FONDS RELÈVE PME.....	9:11
8.	LE FONDS DE SOLIDARITÉ FTQ.....	9:11
	CONCLUSION	9:13

1. CONSTATS

Plus de 80 % des entreprises québécoises sont familiales et, dans certaines villes du Québec, ce taux monte à près de 100 %. Ces entreprises représentent plus de 55 % de tous les salaires payés au Québec et plus des deux tiers de tous les nouveaux emplois créés. Ces entreprises familiales sont donc un acteur économique très important. Les constats sont cependant alarmants et si rien n'est entrepris collectivement, les impacts seront colossaux, tant sur les plans du transfert de propriété et du taux d'échec des entreprises que de la perte d'emplois.

Malheureusement, les entreprises familiales ont une espérance de vie moyenne de seulement 25 ans. Selon une enquête effectuée par le Fonds de solidarité FTQ (ci-après « Fonds ») en 2000, 56 % des fondateurs propriétaires d'entreprises québécoises avaient l'intention de prendre leur retraite d'ici 2010 et 72,5 % d'ici 2015. Ajoutons à cela qu'à 55 ou 60 ans, on se sent souvent en meilleure santé et plus jeune qu'on ne l'est en réalité. C'est pourquoi ce pourrait être 80 % ou même 85 % des entreprises québécoises qui changeront de propriété d'ici 2015. Donc, un impact très important.

De plus, 70 % des entrepreneurs ayant l'intention de prendre leur retraite n'avaient pas encore choisi de successeur. Par ailleurs, la génération des entrepreneurs en poste actuellement est souvent celle qui a bâti les entreprises à partir de rien. Ces entrepreneurs ont donc développé leur potentiel au fur et à mesure de la croissance de l'entreprise. Les plus jeunes, qui doivent prendre la relève maintenant, doivent avoir beaucoup plus de compétences que les fondateurs n'en avaient quand ils ont démarré leur entreprise, les défis à relever au cours des 20 ou 30 prochaines années étant gigantesques et totalement différents que ce qu'ont vécu leurs prédécesseurs. Encore là, situation dramatique, car cela peut prendre 5, 10 ou 15 ans pour préparer une relève compétente, selon le secteur d'activité et la complexité des opérations.

D'autre part, 52 % des entrepreneurs ont affirmé que la valeur de leur investissement personnel dans l'entreprise représentait plus de 50 % de leur patrimoine personnel. Ils ne peuvent donc pas la transmettre à leurs enfants ou à leurs cadres qui n'ont pas d'argent. Ils ne veulent pas non plus donner l'entreprise à leurs enfants, faisant ainsi dépendre leur qualité de vie à la retraite de la réussite financière de l'entreprise dans l'avenir, et devoir reprendre les rênes de l'entreprise après quelques années si l'entreprise devait connaître des difficultés, ce qui arrive souvent dans les cas de transmission. Ils ne veulent plus risquer quand ils sont rendus à leur retraite

et, selon eux, cela ne sert à rien de préparer leurs enfants à leur succéder, car ces derniers n'ont pas d'argent.

D'autres statistiques, plus connues, sont aussi alarmantes. Trois entreprises sur 10 survivent au transfert de la propriété de la première à la deuxième génération et seulement une sur 10 survit au transfert de la deuxième à la troisième génération. Les principales causes sont le manque de préparation de la relève et le taux d'endettement des entreprises.

1.1. PREMIER SCÉNARIO : L'ENTREPRISE EN HÉRITAGE

Quand il fait face à ces problèmes et qu'il réalise que les membres de la relève se posent des questions émotives importantes, l'entrepreneur fondateur décide souvent de laisser l'entreprise en héritage à ses enfants en leur laissant le soin d'en faire ce qu'ils en voudront. Cette façon de faire relève la succession, mais non l'avenir de l'entreprise.

Situation typique : le fondateur a trois enfants; l'un travaille dans l'entreprise, a des défis intéressants et veut la garder pour la faire croître et accroître son patrimoine personnel et son défi professionnel; le deuxième a un certain sentiment d'appartenance, mais il voudrait ne pas être riche seulement sur papier et il exige que l'entreprise paie des dividendes; le troisième n'a pas de sentiment d'appartenance, il veut faire autre chose dans la vie, vendre l'entreprise et disposer de l'argent. Que fait-on devant cette situation? Vente de l'entreprise ou achat de la paix par une politique vigoureuse de paiement de dividendes représentant un très fort pourcentage des profits. Conséquence : affaiblissement graduel de l'entreprise face à sa concurrence. L'histoire démontre qu'au bout de 2, 5 ou 10 ans, l'entreprise sera au bord de la fermeture ou de la vente.

1.2. DEUXIÈME SCÉNARIO : VENTE DE L'ENTREPRISE

Pour maximiser le prix de vente, l'entrepreneur approche des acheteurs stratégiques. Pour les entreprises manufacturières québécoises, les acheteurs stratégiques sont souvent américains ou ontariens. Ceux-ci paient plus cher en raison de la synergie et des économies d'échelle qu'ils réalisent. Ils acquièrent les opérations, cessent les activités de production, concentrent la production dans leurs usines existantes aux États-Unis ou en Ontario et ne conservent au Québec que le marché, le réseau de distribution et le nom de l'entreprise. Cette situation est dramatique d'abord en raison des emplois perdus, des profits et des emplois bien payés (recherche et développement, production, administration, etc.) qui sortent du Québec, mais on perd également le contrôle des décisions d'affaires. À cet égard, le Québec

compte souvent pour peu et, collectivement, nous ferons face, au cours des 15 prochaines années, au défi de maintenir ou de perdre un nombre d'emplois importants au Québec, en plus de la perte du pouvoir décisionnel.

2. PRÉOCCUPATIONS DES ENTREPRENEURS ET DES ÉQUIPES DE RELÈVE

L'entrepreneur est toujours préoccupé par l'avenir de son entreprise, quelle que soit son envergure. Qui va assumer la relève ou à qui va-t-elle être vendue? Quand et comment cela va-t-il se faire? Et quel rôle pourra-t-il jouer par la suite?

L'entrepreneur est également préoccupé par l'intérêt des membres de la relève pour l'organisation. Il arrive que l'héritier désigné depuis toujours ne soit pas fait pour ce poste ou qu'il n'ait pas les capacités ou l'intérêt à relever le défi et que l'entreprise en souffre gravement, au point d'être menée au bord de la faillite. Souvent, il n'y a pas suffisamment de communication à cet égard.

Il y a toujours une forte préoccupation également quant à l'harmonie au sein du groupe de relève. Nombre d'entrepreneurs affirment que si la transmission de l'entreprise risque de créer de la « chicane » entre les enfants, ils préfèrent la vendre. Mais il n'existe pas de famille où il n'y a pas de conflits. Il arrive fréquemment que des familles s'entre-déchirent pour une succession où seule la dimension émotive est en jeu. On peut imaginer ce qui se passe quand il y a des millions de dollars ou un pouvoir décisionnel en jeu.

3. SOURCES DE FINANCEMENT DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

Il y a quelques façons de financer le transfert de propriété : le financement par le vendeur, la dette garantie, la dette non garantie, l'assurance vie et le financement par équité.

Le financement par voie de **solde de prix de vente** est le plus fréquent. Il est le plus disponible de ces modes de financement. Il est souvent peu dispendieux et permet généralement beaucoup de souplesse.

La capacité d'endettement des entreprises a ses limites : les institutions financières ne financent habituellement, par **dette garantie**, que 50 % des inventaires, 75 % des comptes clients et 70 % des immobilisations. De plus, cette façon de faire engage habituellement la responsabilité du prédécesseur parce que les membres de la relève n'ont pas toujours la confiance du

banquier qui les connaît moins. Si l'entrepreneur procède de cette façon, il va endetter l'organisation au maximum, ce que le banquier verra comme un accroissement de risque important et l'entrepreneur ne pourra prendre sa retraite en toute tranquillité d'esprit. C'est donc une source de financement peu employée et, lorsqu'elle l'est, l'entreprise est tellement endettée – afin de permettre à l'entrepreneur d'encaisser le plus possible pour assurer sa sécurité financière – qu'à la première difficulté économique, l'entreprise n'a plus l'oxygène nécessaire, flanche et ne survit pas. Rappelons que c'est la deuxième cause d'échec du transfert de propriété. Finalement, ce moyen ne permet pas à l'entrepreneur de profiter de l'exonération d'impôt sur les premiers 500 000 \$ de gains en capital.

L'**assurance vie** est un véhicule qui sécurise la survie de l'entreprise, mais uniquement par l'entremise de la sécurité financière apportée aux héritiers de l'entrepreneur. Si ceux-ci ne sont pas destinés à devenir les propriétaires de l'entreprise dans l'avenir, ce moyen ne répond pas à cet objectif. Par ailleurs, la prime peut parfois être élevée et même exorbitante selon l'état de santé et l'âge du propriétaire. Cet outil ne permet pas non plus de profiter de l'exonération d'impôt sur le gain en capital.

La **dette non garantie** (appelée prêt participatif ou dette subordonnée, selon les institutions) s'apparente à l'équité. Parce qu'elle est justement non garantie, peu d'organisations l'offrent. Ce sont surtout les sociétés à capital de développement et à capital de risque qui y ont recours. C'est de la quasi-équité, c'est-à-dire un financement à moyen terme, non garanti, par opposition à un financement à court terme garanti par certains éléments d'actifs. De plus, on doit, dès le lendemain du versement du prêt, procéder à des versements de capital et d'intérêt.

Le financement par **équité** est d'une accessibilité encore plus réduite. Il y a beaucoup moins d'institutions qui investissent en partenariat dans les entreprises qu'il y en a qui financent avec des garanties. Cette méthode implique un coût plus élevé à cause du risque inhérent à l'investissement, mais rappelons que le financement par équité n'est jamais plus cher que le rendement retiré par l'entrepreneur de son entreprise. Les investisseurs prennent en effet le même risque que lui sur le plan des résultats de l'entreprise : ils risquent de tout perdre ou de gagner gros. C'est un véhicule qui permet de financer à long terme (entre 5 et 10 ans et jusqu'à 15 ans dans certains cas), de profiter de l'exonération de gain en capital, de partager le risque d'entreprise et surtout de partager le risque quant à la réussite du transfert de propriété, du transfert de l'expertise et quant au succès de l'entreprise à relever les défis des prochaines années. Le financement par équité a certains avantages : les actifs demeurent disponibles pour garantir

un financement additionnel dans le cas d'occasions de croissance ou de difficultés passagères; il permet le partage du défi de croissance et apporte une synergie avec le partenaire, son réseau, ses autres partenaires et ses contacts d'affaires. Par exemple, le Fonds est partenaire de plus de 2 000 entreprises au Québec, c'est donc un réseau d'affaires très important.

4. LE FONDS RELÈVE PME

Considérant l'ensemble de ces faits et dans la perspective d'aider les entrepreneurs québécois à assurer la continuité de leur entreprise malgré leur départ à la retraite, le Fonds a créé le Fonds Relève PME, une adaptation de son produit d'investissement, pour les besoins de continuité des entreprises et dont les objectifs principaux sont :

- assurer l'avenir financier de l'entrepreneur et de son entreprise;
- favoriser le transfert de propriété (et donc accroître le taux de succès des transferts);
- sécuriser financièrement l'entrepreneur et son équipe de relève (une équipe de cadres qui décide de racheter une entreprise s'investit pour 10 ou 15 ans et hésitera très souvent à le faire si elle n'est pas secondée par une institution);
- apporter des ressources financières nécessaires au développement de l'entreprise (les défis sont de plus en plus grands, en raison de la concurrence de l'Asie, entre autres); et
- optimiser la croissance financière et humaine de l'entreprise.

5. PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DU PROGRAMME

5.1. FINANCEMENT

Le Fonds permet aux entrepreneurs d'encaisser, dès le jour un de l'investissement, **entre 20 % et 49 % de la valeur marchande de leur entreprise**, leur assurant ainsi rapidement une bonne sécurité financière. Ce niveau d'investissement est déterminé d'abord en fonction des intentions de l'entrepreneur et ensuite selon l'appréciation du dossier et du niveau de risque impliqué. Il faut s'assurer que l'entrepreneur demeurera suffisamment longtemps au sein de l'entreprise pour permettre le transfert adéquat de son expertise.

Le programme prévoit ensuite le **rachat progressif du solde des actions** de l'entrepreneur sur un horizon de **trois à cinq ans**, selon la capacité de l'entreprise de générer les liquidités nécessaires pour le faire. Le rachat des actions du Fonds ne débute que lorsque celles de l'entrepreneur sont rachetées en totalité et s'effectue également en fonction de la capacité de l'entreprise de générer les liquidités nécessaires sur une période pouvant atteindre **cinq années additionnelles**. Si les résultats sont meilleurs ou moins bons que prévus, le processus en sera accéléré ou ralenti, autant pour l'entrepreneur que pour le Fonds. La durée de l'investissement du Fonds pourrait donc excéder les **10 ans** normalement prévus dans les cas de relève pour **permettre au processus de transmission de se dérouler en souplesse**, ce qui est une priorité.

5.2. PLANIFICATION FISCALE ET SUCCESSORALE

La planification fiscale et successorale se fait par l'entremise des **conseillers financiers et fiscaux de l'entrepreneur**, en collaboration avec ceux du Fonds, autant dans le but de **maximiser l'exonération de gain en capital** que d'optimiser ses entrées de fonds. L'entrepreneur pourrait, après avoir vendu son entreprise, recevoir une rémunération sous forme de salaire pour le travail qu'il continue d'effectuer dans l'entreprise, sous forme de rachat annuel d'un certain nombre d'actions et sous forme de dividendes sur les actions qu'il conserve, ce qui optimisera ses entrées de fonds nettes d'impôts. Le tout en utilisant, au besoin, les outils financiers et fiscaux habituels : gel successoral, fiducie familiale, etc.

5.3. GESTION DE L'ENTREPRISE

Le Fonds ne s'ingère pas dans la gestion quotidienne de ses entreprises partenaires, son apport se fait surtout par une **participation au sein du conseil d'administration**. Dans les entreprises où il y a un défi de relève, le risque est encore plus grand parce que le Fonds s'associe à une équipe de relève qui n'a pas nécessairement encore fait ses preuves. Les financiers traditionnels et institutionnels en capital de risque sont alors moins portés à faire ce type de transaction parce que le risque est plus grand. Le Fonds exige la présence d'un conseil d'administration réunissant des personnes dont l'expertise et l'expérience peuvent aider l'entreprise à relever ces défis. Le Fonds choisit, pour le représenter, des gens qui ont une feuille de route offrant une expertise complémentaire à celle de l'équipe de relève. Par exemple, pour une entreprise d'une valeur de 20 M\$, on nomme des personnes qui ont géré 50 et 100 M\$, de façon à aider l'entreprise à atteindre cet objectif plus facilement et à passer à travers ses crises de croissance. Cette participation a pour but de soutenir le développement et la prise de

décisions et d'optimiser la croissance de l'entreprise, de façon à maximiser les chances de survie et de maintien des emplois.

5.4. CHOIX DE LA RELÈVE

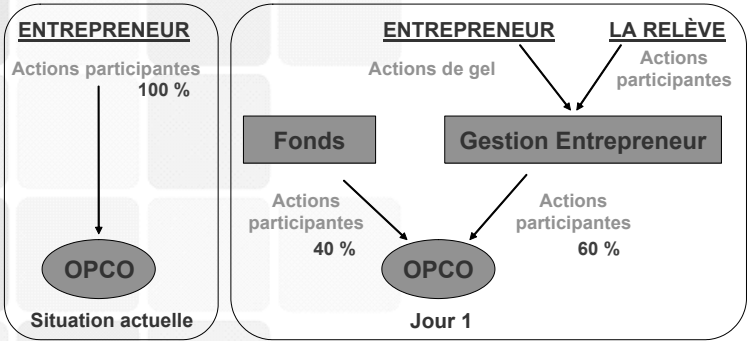
Sur le plan de la relève, le Fonds apporte un soutien à l'identification des membres de la relève, à l'élaboration de leur plan de formation et de développement personnel, et ce, que l'entreprise soit familiale ou non familiale, que la relève soit familiale ou constituée de cadres.

6. EXEMPLE TYPE D'UNE TRANSACTION

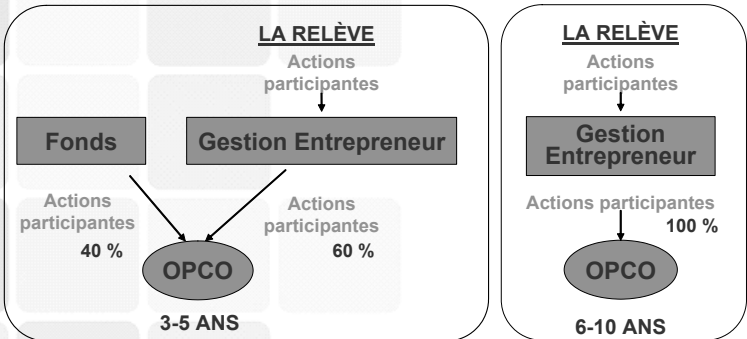
En général, le Fonds rachète des actions pour une somme représentant la moitié de son investissement et injecte une somme équivalente sous forme de dette pour financer le développement de l'entreprise. Par exemple, le Fonds rachète 40 % des actions d'une entreprise d'une valeur de 2 M\$, soit 800 000 \$ qui vont directement à l'entrepreneur. Ces fonds sont jumelés à une somme à peu près équivalente injectée au fonds de roulement car, dans la majorité des cas, les nouveaux gestionnaires qui ont 15, 20 ou 25 ans de moins que l'entrepreneur ont des plans de croissance, de diversification et de développement plus audacieux que ceux de l'entrepreneur. Le solde des actions de l'entrepreneur (60 %), soit 1,2 M\$, serait racheté, par l'entreprise, sur une période de trois à cinq ans, en pourcentage des fonds générés excédentaires après service de la dette et croissance. Le Fonds assure ainsi à l'entreprise l'oxygène suffisant pour son développement. Si tout va mieux que prévu, l'entrepreneur prendra sa retraite plus rapidement et vice-versa. Le Fonds se retire toujours après l'entrepreneur de façon à s'assurer que l'entreprise aura généré suffisamment de fonds pour que l'équipe de relève puisse continuer seule. Il est donc possible que le rachat des actions de l'entrepreneur et la sortie du Fonds se fassent sur une période plus longue dans l'éventualité où l'entreprise performe moins bien que prévu.

Exemples

Exemple type Fonds Relève PME :



Exemple type Fonds Relève PME :



7. CONDITIONS D'ADMISSIBILITÉ AU PROGRAMME DU FONDS RELÈVE PME

- Les entreprises ayant une valeur marchande minimale de 500 000 \$;
- les entreprises ayant au maximum une équité de 20 M\$ et des actifs nets tangibles d'au maximum 50 M\$;
- les entreprises œuvrant dans tous les secteurs d'activité, à l'exception du commerce de détail, des pêcheries et de l'agriculture (à moins qu'il y ait transformation);
- les entreprises où la relève est identifiée (ou celles où une équipe de relève est présente, même si les rôles ne sont pas encore tous clairement définis);
- les entreprises en bonne santé financière (ou dont le plan d'affaires offre de fortes probabilités pour qu'elles atteignent cette santé financière à court terme);
- les entreprises dotées d'un plan de croissance soutenue (il faut en effet générer suffisamment de fonds pour racheter l'entrepreneur et le partenaire institutionnel).

8. LE FONDS DE SOLIDARITÉ FTQ

Le Fonds est une organisation qui compte plus de 550 000 actionnaires au Québec. C'est probablement l'organisation qui compte le plus d'actionnaires québécois. Avec un actif de plus de 5 G\$, il a investi dans plus de 2 100 petites et moyennes entreprises (ci-après « PME ») au Québec. Le Fonds a été constitué au début des années 1980, après des décennies de confrontation patronale-syndicale, et se voulait un modèle de concertation et un outil pour mieux capitaliser les PME. À cette époque, un diagnostic avait été posé selon lequel les PME québécoises étaient les moins capitalisées au Canada et probablement en Amérique du Nord. Le Fonds se voulait aussi un outil pour créer, sauvegarder et consolider les emplois.

La mission du Fonds comprend, entre autres et principalement, l'investissement dans les entreprises québécoises, et ce, pour le soutien de l'emploi, et également la contribution à la formation des employés de façon à ce qu'ils aient une participation de plus en plus grande dans la prise de décisions les concernant. Cette mission a orienté le développement du Fonds

et, subséquemment, plusieurs des décisions d'investissement ou de non-investissement dans les entreprises.

Le Fonds est un vaste réseau qui compte également 86 Sociétés locales d'investissement dans le développement de l'emploi (SOLIDE) qui font des interventions de 5 000 \$ à 50 000 \$, 16 fonds régionaux qui font des interventions de 50 000 \$ à 2 M\$, ainsi que 28 fonds spécialisés. Plus de 200 professionnels de l'investissement et, au total, entre 500 et 550 personnes y travaillent actuellement au Québec.

La philosophie d'investissement du Fonds est d'apporter du capital non garanti autant aux entreprises syndiquées que non syndiquées. La syndicalisation avant ou après l'investissement n'est pas une condition liée à la décision d'investir du Fonds. Même s'il a été créé par la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec (FTQ), le Fonds est une organisation qui prend des décisions de gestionnaire et d'actionnaire dans les entreprises, qui n'ont aucun lien avec leur syndicalisation.

Le Fonds s'adresse à des entreprises à tous les stades de développement, du démarrage en passant par le développement et la croissance, jusqu'au transfert de propriété à la génération suivante, comptant au maximum 20 M\$ d'avoir net et 50 M\$ d'actifs. Donc, toute une gamme de possibilités d'investissement dans les PME au Québec.

Le Fonds est un partenaire actif sans ingérence qui vise une participation significative de façon à avoir une influence auprès de l'entreprise : donc, une participation de 20 % à 40 %, ce qui n'exclut pas, dans certains cas, des participations de 5 % ou de 49 %. Le Fonds recherche des participations minoritaires, la vocation du Fonds n'étant pas d'exploiter des entreprises, mais bien d'être partenaire d'équipes de gestion et de développement pour les aider à optimiser la croissance de l'organisation.

Le Fonds participe donc à la définition de la vision stratégique de l'organisation et non pas aux décisions d'exploitation. Il remplit ce rôle surtout au sein des conseils d'administration. C'est un rôle d'autant plus important lorsque les entreprises éprouvent un problème de relève. Le Fonds apporte une contribution très significative auprès de l'entreprise du fait que le dossier est traité et géré par un spécialiste sectoriel qui œuvre principalement dans le secteur d'activité de l'entreprise et dont il connaît très bien la dynamique de marché, ses principaux joueurs ainsi que les menaces et occasions auxquelles elle fait face.

CONCLUSION

La transmission de la propriété des entreprises est une problématique très importante au Québec. Les préoccupations sont très justifiées. Il y a déjà près de sept ans que le Fonds a décidé d'investir dans ce secteur au moment où personne ne s'en préoccupait. Il a aussi investi dans la conception d'un programme de formation axé sur les membres des familles en affaires au Québec de façon à les sensibiliser à la préparation de la relève. Pendant deux ans, le Fonds a même offert cette formation aux familles en affaires. Les spécialistes du Fonds ont donc touché de près aux problèmes tant financiers que relationnels vécus par ces personnes.

La situation actuelle aura sans nul doute un impact majeur négatif sur l'économie. Il s'agit maintenant de tenter de le minimiser. Mais dans certains cas, ce sera impossible. Ainsi, en 2002, il y a eu deux fois plus de ventes d'entreprises québécoises aux Américains qu'en moyenne dans les cinq dernières années. Le phénomène est donc commencé.

Divers produits ont été élaborés, sur le plan du financement, pour répondre aux besoins différents des entreprises. Le type de financement décrit ci-dessus est conçu pour sécuriser autant l'entrepreneur que la relève, pour faciliter le transfert, optimiser la croissance de l'entreprise et réussir la transition. Nous sommes conscients que chaque cas comporte une dimension fiscale et une problématique relationnelle et émotionnelle particulières.

ASSUJETTISSEMENT À L'IMPÔT FÉDÉRAL AMÉRICAIN ET À L'IMPÔT DES ÉTATS AMÉRICAINS



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

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	10:3
1. IMPÔT FÉDÉRAL AMÉRICAIN	10:3
1.1. EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE AUX ÉTATS-UNIS (<i>ENGAGED IN TRADE OR BUSINESS WITHIN THE UNITED STATES</i>)	10:3
1.2. LIEN DE RATTACHEMENT ENTRE LE REVENU ET L'ENTREPRISE EXPLOITÉE (<i>EFFECTIVELY CONNECTED INCOME</i>)	10:4
1.3. SOURCE GÉOGRAPHIQUE DU REVENU	10:5
1.4. APPLICATION DE LA <i>CONVENTION FISCALE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS</i>	10:7
1.5. IMPOSITION DU REVENU PÉRIODIQUE	10:8
1.6. IMPÔT DE SUCCURSALE	10:9
1.6.1. Impôt de succursale sur les profits (<i>Branch Profits Tax</i>)	10:9
1.6.2. Impôt de succursale sur les intérêts présumés payés (<i>Branch Level Interest Tax</i>)	10:9

1.7.	PRODUCTION DE DÉCLARATIONS DE REVENUS AUX ÉTATS-UNIS.....	10:10
2.	IMPÔT DES ÉTATS AMÉRICAINS	10:11
2.1.	ASSUJETTISSEMENT À L'IMPÔT ÉTATIQUE AMÉRICAIN	10:12
2.2.	CONCEPT DE <i>NEXUS</i>	10:12
2.3.	<i>LOI PUBLIQUE 86-272</i>	10:13
2.4.	AUTRES ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER.....	10:14
	CONCLUSION	10:14
	ANNEXE.....	10:15

INTRODUCTION

Un nombre croissant d'entreprises canadiennes s'attaquent au marché américain sans trop connaître ni même se soucier des implications ou risques fiscaux s'y rattachant. Malheureusement, cette négligence peut causer d'importantes surprises, voire faire la différence entre des opérations américaines rentables ou non.

Le présent texte a pour but d'expliquer sommairement aux sociétés et aux entrepreneurs canadiens les règles de base relatives à la fiscalité américaine des entreprises canadiennes faisant affaire aux États-Unis tant sur le plan fédéral que sur le plan étatique. Ce texte est présenté en deux sections générales, une sur l'imposition fédérale et l'autre sur l'imposition au niveau des États. Chaque section est divisée en sous-sections traitant de l'assujettissement à l'impôt ainsi que d'autres éléments essentiels à une compréhension de base du système fiscal corporatif américain.

1. IMPÔT FÉDÉRAL AMÉRICAIN

L'assujettissement à l'impôt fédéral américain dépend essentiellement de trois critères, soit :

- l'exploitation d'une entreprise aux États-Unis;
- le lien de rattachement entre le revenu et l'entreprise exploitée; et
- la source géographique du revenu.

L'analyse sommaire de ces différents critères d'assujettissement est présentée dans les paragraphes suivants. Par ailleurs, il est important de retenir à ce stade que des obligations de conformité peuvent être applicables même si la société n'est pas assujettie à l'impôt américain.

1.1. EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE AUX ÉTATS-UNIS (*ENGAGED IN TRADE OR BUSINESS WITHIN THE UNITED STATES*)

Pour être assujettie à l'impôt fédéral américain, une société canadienne doit d'abord exploiter une entreprise aux États-Unis. À cet égard, la loi fiscale américaine (l'*Internal Revenue Code*¹) et les règlements y afférents

¹ *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »).

contiennent peu d'indications sur les activités menées aux États-Unis qui constituent l'exploitation d'une entreprise sur son territoire. De façon générale, on déterminera si une personne étrangère exploite ou non une entreprise en sol américain en fonction des faits et circonstances entourant chaque cas². Il est à noter qu'une personne étrangère sera réputée exploiter une entreprise aux États-Unis si elle est l'associée d'une société de personnes qui exploite une entreprise aux États-Unis. Le statut d'exploitation aux États-Unis est établi à chaque année d'imposition.

Les autorités fiscales et les tribunaux ont fixé un seuil très bas quant au niveau d'activité pouvant donner lieu à l'exploitation d'une entreprise aux États-Unis. L'Internal Revenue Service (ci-après « IRS ») allègue que toute activité autre qu'une activité liée à l'administration allant au-delà d'opérations isolées et sporadiques peut donner lieu à une exploitation en sol américain. Même une opération unique effectuée aux États-Unis peut donner lieu à une exploitation aux États-Unis si cette opération est importante relativement à l'activité globale de la personne étrangère. Généralement, une personne étrangère sera réputée pour exploiter une entreprise aux États-Unis si elle effectue des ventes (ou si elle rend des services) à des clients américains par l'entremise d'un employé ou d'un agent dépendant sur une base continue et régulière.

1.2. LIEN DE RATTACHEMENT ENTRE LE REVENU ET L'ENTREPRISE EXPLOITÉE (*EFFECTIVELY CONNECTED INCOME*)

Si une société étrangère exploite une entreprise aux États-Unis, le revenu qui est effectivement lié (*effectively connected*) à cette entreprise aux États-Unis, déduction faite des dépenses attribuables à ce revenu et sous réserve d'un allègement en vertu d'une convention fiscale (discutée ci-dessous), sera imposé au taux d'impôt progressif sur le revenu des sociétés aux États-Unis.

À titre de référence, notons que le taux d'impôt fédéral de base des sociétés est généralement de 34 %. L'impôt est toutefois établi selon une échelle progressive. La table de taux d'impôt fédéral américain des sociétés pour l'année 2004 est représentée ci-après³ :

² Reg. 1.864-2(e) I.R.C.

³ I.R.C. § 11(b).

Revenu imposable (\$ US)	impôt	+	sur le montant qui excède
0 – 50 000	-	15 %	0
50 000 – 75 000	7 500	25 %	50 000
75 000 – 100 000	13 750	34 %	75 000
100 000 – 335 000	22 250	39 %	100 000
335 000 – 10 000 000	113 900	34 %	335 000
10 000 000 – 15 000 000	3 400 000	35 %	10 000 000
15 000 000 – 18 333 333	5 150 000	38 %	15 000 000
18 333 334 –	6 416 667	35 %	18 333 333

1.3. SOURCE GÉOGRAPHIQUE DU REVENU

De façon générale, le revenu d'une société étrangère sera considéré comme effectivement lié à l'entreprise qu'elle exerce aux États-Unis jusqu'à concurrence de la totalité de son revenu de source américaine, à l'exception de certains revenus et gains en capital périodiques⁴. À cet effet, les autorités fiscales américaines ont établi une série de règles visant à déterminer la source de chaque type de revenu. En ce qui a trait à la vente de biens en inventaire, les règles de détermination de la source du revenu prévoient que, si le titre de propriété d'un tel bien passe en territoire américain, le revenu tiré de la vente sera alors considéré comme ayant sa source aux États-Unis. Une méthode prescrite est utilisée pour calculer le revenu des ventes ayant leur source aux États-Unis (à partir du revenu brut découlant de la vente) assujetti à l'impôt dans ces situations. Dans le cas de la prestation de services, le lieu où sont rendus les services déterminera la source du revenu qui lui est rattaché.

Le revenu tiré de l'exploitation d'une entreprise aux États-Unis peut être considéré comme un revenu effectivement lié, quelle que soit sa source, si une personne étrangère possède un bureau ou un lieu d'affaires fixe aux États-Unis, auquel ce revenu est attribuable. Les règlements de l'*Internal Revenue Code* définissent un bureau ou un lieu d'affaires fixe comme une installation fixe à partir de laquelle une personne étrangère exploite une

⁴ I.R.C. § 864.

entreprise⁵. Les règlements fournissent néanmoins un certain allègement à cet égard en prévoyant que le lieu fixe d'affaires d'un agent dépendant n'est pas considéré comme le lieu fixe d'affaires d'une personne étrangère, à moins que cet agent n'ait le pouvoir de négocier ou de conclure des contrats au nom de cette personne, ou qu'il ne dispose d'un stock de marchandises pour remplir les commandes de cette personne étrangère⁶. Cependant, il est également prévu que, si un employé d'une personne étrangère (qui est également admissible à titre d'agent dépendant) exploite, dans le cours normal de ses fonctions, l'entreprise de son employeur dans une installation fixe de cet employeur sur une base régulière, cette exploitation sera considérée comme étant un lieu fixe d'affaires de l'employeur⁷. Il est à noter que, dans une interprétation sur le sujet, l'IRS a conclu que les activités d'un agent indépendant non exclusif d'une société étrangère ne donnaient pas lieu à une exploitation aux États-Unis pour la société étrangère⁸. La distinction entre agent dépendant et agent indépendant revêt donc une importance significative pour les entreprises étrangères faisant des affaires aux États-Unis puisqu'elle sera décisive dans la détermination de leur assujettissement à l'impôt fédéral américain.

De façon générale, le revenu de source étrangère ne sera pas considéré comme étant attribuable à un bureau d'une personne étrangère aux États-Unis à moins que ce bureau ne soit un facteur important dans l'obtention du revenu de l'entreprise et qu'on n'y exerce régulièrement le genre d'activités duquel le revenu est tiré⁹. Le bureau aux États-Unis sera généralement considéré comme étant un facteur important de la vente s'il sert activement à la sollicitation des commandes, à la négociation des contrats ou à l'exécution d'autres services importants. Par ailleurs, le bureau aux États-Unis ne sera pas nécessairement considéré comme un facteur important parce que des ventes sont faites à partir de celui-ci sous réserve de l'approbation finale de ce bureau, que le bien vendu est détenu et distribué par le bureau aux États-Unis, que des échantillons de produits sont exposés dans le bureau ou encore que le bureau aux États-Unis effectue simplement des tâches administratives accessoires à la vente. Chaque détermination tient compte des circonstances et faits particuliers à chaque cas et doit prendre en considération le degré de participation du bureau aux États-Unis

⁵ Reg. 1.864-7(b)(1) I.R.C.

⁶ Reg. 1.864-7(d) I.R.C.

⁷ Reg. 1.864-7(e) I.R.C.

⁸ *Public Letter Ruling* 8147001.

⁹ I.R.C. § 864(c)(5)(B).

comparativement à l'effort total nécessaire pour exécuter l'activité de laquelle est tiré, en définitive, le revenu de l'entreprise.

1.4. APPLICATION DE LA CONVENTION FISCALE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS

Tel qu'il a été énoncé précédemment, malgré l'existence d'un revenu effectivement lié à l'exploitation d'une entreprise aux États-Unis, une société peut avoir droit à un allègement fiscal aux termes de la convention fiscale conclue entre le Canada et les États-Unis¹⁰. En effet, en vertu de cette convention, une société canadienne ne sera assujettie à l'impôt fédéral américain que si elle maintient un établissement stable aux États-Unis et que le revenu qu'elle gagne en sol américain est attribuable à cet établissement stable. Elle sera d'ailleurs uniquement imposable, le cas échéant, jusqu'à concurrence de son revenu de source américaine attribuable à l'établissement stable aux États-Unis.

Selon la Convention, l'expression « établissement stable » comprend un lieu fixe d'affaires incluant¹¹, entre autres, une succursale, un bureau, une usine, un atelier, un chantier de construction ou de montage qui existe depuis plus d'une année et qui comprend l'exercice habituel de pouvoirs par un agent dépendant (un employé, par exemple) lui permettant de conclure des contrats en territoire américain, sauf si ces pouvoirs sont limités à l'achat de biens ou de marchandises pour le compte de la société canadienne.

Inversement, l'expression « établissement stable » ne comprend pas une installation fixe d'affaires utilisée aux seules fins de la collecte d'informations, de la fourniture de renseignements, de la recherche scientifique ou des activités analogues de caractère préparatoire ou auxiliaire. Il est à noter que les autorités fiscales considéreront également qu'il n'y a pas d'établissement stable lorsqu'une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison de marchandises ou encore de transformation par une autre personne¹².

¹⁰ *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, S.C.1984, c. 20 et mod. (ci-après « Convention »).

¹¹ *Id.*, art. V. Veuillez noter que des interprétations particulières de la notion d'établissement stable ont été élaborées par certains gouvernements et organismes internationaux au cours des dernières années. Ces interprétations ne sont pas discutées dans le présent texte, car elles sont d'application plus restreinte et dépassent le cadre du présent exposé.

¹² *Id.*, art. V(6).

Finalement, la définition exclut expressément un agent jouissant d'un statut indépendant même dans la mesure où il se livre à des activités décrites dans le paragraphe précédent relativement aux agents dépendants¹³. Tel qu'il a été mentionné plus haut, l'exploitation régulière d'une entreprise aux États-Unis par le biais d'un employé ou d'un agent dépendant ayant l'autorité générale de contracter au nom de la société étrangère, et qui exerce cette autorité de façon habituelle, pourrait être considérée comme une place fixe d'affaires de la société étrangère aux États-Unis et ainsi empêcher la société de se prévaloir de la protection de la Convention.

En bref, une société canadienne exploitant une entreprise aux États-Unis, ayant des revenus effectivement liés à cette entreprise et attribuables à un établissement stable qu'elle maintient aux États-Unis, sera assujettie à l'impôt fédéral américain. En l'absence d'un établissement stable, la société n'est pas assujettie à l'impôt fédéral américain, mais une déclaration fiscale américaine devrait tout de même être produite.

1.5. IMPOSITION DU REVENU PÉRIODIQUE

Les revenus de nature périodique, comme des revenus d'intérêt, de dividendes, de loyers, de redevances, etc., seront assujettis à cet impôt au taux de 30 % retenu à la source. Il est à noter que, pour qu'un revenu soit assujetti à cet impôt de 30 %, il doit d'abord être de source américaine¹⁴ et ne pas être effectivement lié à une entreprise exploitée aux États-Unis.

Les conventions fiscales réduisent généralement le taux de retenue à la source intérieur de 30 % applicable sur les revenus périodiques de source américaine générés par des étrangers.

Par exemple, un Canadien générant des revenus périodiques de source américaine sera assujetti à une retenue de 10 % sur l'intérêt, de 5 % ou de 15 % sur les dividendes et de 0 % ou de 10 % sur les redevances¹⁵.

¹³ *Id.*, art. V(5).

¹⁴ La revue des règles spécifiques permettant de déterminer la source de chaque type de revenus est très élaborée et dépasse le cadre du présent texte. De façon générale, retenons que la résidence du bénéficiaire d'un revenu de nature passive en déterminera généralement la source (pour les intérêts et les dividendes, par exemple).

¹⁵ L'article XI de la Convention traite expressément des revenus d'intérêt. L'article X de la Convention prévoit que le taux de retenue sur les dividendes sera de 5 % si le bénéficiaire détient au moins 10 % des droits de vote du payeur, sinon le taux de retenue sera de 15 %. L'article XII de la Convention prévoit que certains types de
(à suivre...)

1.6. IMPÔT DE SUCCURSALE

En plus de l'impôt des sociétés habituel, une société étrangère exploitant une entreprise aux États-Unis peut également être assujettie à un impôt de succursale ainsi qu'à un impôt sur les intérêts présumés payés à son siège social étranger.

1.6.1. Impôt de succursale sur les profits (*Branch Profits Tax*)

L'impôt de succursale américain correspond en quelque sorte à une retenue à la source sur les profits présumés rapatriés par une société étrangère à son siège social étranger. Une société étrangère doit donc payer un impôt de succursale de 30 % sur son montant équivalant à un dividende (*dividend equivalent amount*), montant déterminé à partir du revenu imposable auquel certains rajustements sont faits afin de refléter le réinvestissement ou non des profits dans les opérations américaines de la société étrangère¹⁶.

La Convention prévoit certains assouplissements à ces règles. D'abord, le taux d'impôt de succursale américain pour une société canadienne ne peut dépasser 5 %¹⁷. Puis, les premiers 500 000 \$ CA de bénéfices présumés rapatriés au Canada sont exonérés de l'impôt de succursale américain¹⁸.

1.6.2. Impôt de succursale sur les intérêts présumés payés (*Branch Level Interest Tax*)

En vertu des règles régissant l'impôt de succursale sur les intérêts présumés payés, une société étrangère exploitant une entreprise aux États-Unis doit payer un impôt de 30 % sur l'intérêt présumé payé à son siège social, cet intérêt étant présumé avoir été payé par une société américaine en faveur d'une personne étrangère¹⁹. Il est à noter que les règles permettant de déterminer la portion de la dépense d'intérêt à attribuer à la

(...suite)

redevances seront exemptés de retenue tandis que d'autres seront assujettis à un taux de 10 %.

¹⁶ I.R.C. § 884.

¹⁷ Convention, précité, note 10, par. X(6).

¹⁸ *Id.*

¹⁹ I.R.C. § 884(f) et 881(a).

succursale américaine sont fort complexes et dépassent donc le cadre du présent texte.

1.7. PRODUCTION DE DÉCLARATIONS DE REVENUS AUX ÉTATS-UNIS

Tel qu'il a été mentionné, toute société étrangère qui exploite une entreprise aux États-Unis doit y produire une déclaration de revenus, qu'elle ait ou non des impôts à payer aux États-Unis²⁰. Une disposition de la législation américaine prévoit que les contribuables étrangers qui ne produisent pas de déclarations de revenus aux États-Unis en temps opportun peuvent perdre le droit à leurs déductions (c'est-à-dire qu'ils seront imposés sur leur revenu brut) si les autorités fiscales venaient à conclure qu'ils ont gagné un revenu assujetti à l'impôt.

En sus de la production de la déclaration de revenus, un formulaire de divulgation de la position fiscale prise en vertu de la Convention devra également être préparé. En effet, l'*Internal Revenue Code* prévoit qu'un contribuable qui considère qu'une convention fiscale annule ou modifie l'une de ses dispositions et donne ainsi lieu à une réduction de l'impôt est tenu de communiquer sa position dans une déclaration distincte de sa déclaration de revenus²¹. La position du contribuable relève d'une convention fiscale lorsqu'il y a une différence entre l'impôt à payer à inscrire dans la déclaration de revenus du contribuable et l'impôt à payer qui serait déclaré si sa position ne relevait pas de la convention fiscale en question. Les règlements qui sous-tendent la loi exigent expressément qu'une déclaration soit produite lorsque, en vertu d'une convention fiscale, un revenu qui est effectivement lié à l'exploitation d'une entreprise aux États-Unis n'est pas attribuable à un établissement stable aux États-Unis et n'est donc pas assujetti à l'impôt²². Un contribuable qui omet de communiquer que sa position relève d'une convention fiscale peut se voir imposer une pénalité, égale à 10 000 \$ US dans le cas d'une société, chaque fois qu'une telle omission se produit²³. La communication d'une position relevant d'une convention fiscale se fait sur le formulaire 8833 *Treaty-Based Return Disclosure*.

²⁰ Reg. 1.6012-2(g)(1) I.R.C.

²¹ I.R.C. § 6114.

²² Reg. 301.6114-1(b)(5) I.R.C.

²³ I.R.C. § 6712.

En raison du caractère fondé sur les faits et les circonstances de l'exigence de production des déclarations de revenus aux États-Unis, les entreprises étrangères se retrouvent souvent dans une « zone grise » où il est difficile d'établir avec certitude si leurs revenus sont assujettis à l'impôt américain et si la protection de la Convention est applicable. Par conséquent, étant donné les conséquences défavorables pouvant résulter de l'application de cette réglementation, il est souvent suggéré que la personne étrangère produise une déclaration de renseignements (déclaration de revenus dite « préventive ») afin d'attirer l'attention des autorités fiscales américaines sur le fait qu'elle exerce un certain degré d'activité aux États-Unis mais qu'elle ne croit pas avoir un revenu effectivement lié pouvant entraîner des impôts à payer aux États-Unis. La production d'une telle déclaration lui donnera également droit aux autres bénéfices rattachés à la production d'une déclaration de revenus américaine soit, entre autres, celui de pouvoir commencer le délai de prescription au moment où la déclaration est acheminée aux autorités fiscales. Le délai de prescription est généralement de trois années suivant la date à laquelle la déclaration a été acheminée aux autorités fiscales pour une année particulière.

De façon générale, une société étrangère n'ayant pas d'établissement fixe en sol américain doit produire sa déclaration de revenus américaine au plus tard le 15^e jour du 6^e mois suivant la fin de son exercice financier. Si elle possède un lieu fixe d'affaires, elle devra produire sa déclaration au plus tard le 15^e jour du 3^e mois suivant la fin de son exercice financier.

2. IMPÔT DES ÉTATS AMÉRICAINS

De par la Constitution américaine, les États, en sus du gouvernement fédéral, ont le droit de lever des impôts. Et, dans la mesure où les lois sur les impôts des États ne viennent pas à l'encontre de la Constitution ou de toute loi fédérale, ces lois font autorité. Les contribuables se retrouvent donc potentiellement devant une panoplie importante de lois dont ils doivent tenir compte lorsqu'ils sont présents dans un ou plusieurs États américains. Il existe néanmoins quelques règles de base pouvant permettre à une société étrangère (qui, dans un contexte étatique, signifie tout simplement une société incorporée à l'extérieur de l'État) d'avoir une approche plus préventive par rapport à l'expansion de ses activités sur tout le territoire américain en matière de risques fiscaux. Les paragraphes suivants exposent ces règles de base.

A priori, il est important de mentionner que, bien qu'il puisse ne pas y avoir d'impôt fédéral à payer conformément à la Convention, une société étrangère peut néanmoins être assujettie à des impôts d'États (et de villes ou

de comtés, par exemple) s'il y a un *nexus* (c'est-à-dire un lien imposable) créé dans cet État (ou ville).

2.1. ASSUJETTISSEMENT À L'IMPÔT ÉTATIQUE AMÉRICAIN

Le mécanisme d'assujettissement à l'impôt dans les États américains est différent du mécanisme fédéral décrit précédemment. En effet, les États américains ont chacun leurs propres critères d'assujettissement à leurs impôts respectifs, ils ne sont pas liés par les conventions fiscales signées par le gouvernement fédéral américain et ils ne sont aucunement tenus de les respecter.

Il est à noter que les impôts des États peuvent être de toute nature. De façon générale, nous retrouvons des impôts sur le revenu (*income taxes*) et des taxes sur le capital/avoir net (*franchise taxes*).

2.2. CONCEPT DE NEXUS

Le pouvoir d'un État donné d'imposer une personne non résidente est généralement rattaché à l'existence pour ce dernier d'un *nexus* dans cet État, soit un lien ou un contact minimal établi par un non-résident avec cet État. Il s'agit, en quelque sorte, de l'interaction minimale qui doit exister entre un contribuable et un État afin de permettre à l'État de prélever un impôt.

Il est donc nécessaire de s'enquérir, pour chaque État, des critères utilisés pour établir l'assujettissement d'une société à l'imposition afin de les appliquer à sa situation. Mentionnons que, malgré le fait que des balises aient été suggérées par des organismes et des commissions²⁴ en vue d'aider à promouvoir le commerce interétatique, chaque État a défini ce qu'il considère comme étant un *nexus* suffisant pour assujettir un contribuable à l'impôt sur le revenu.

Dès qu'une société étrangère remplit l'un des critères de contact minimal avec un État, elle sera généralement assujettie à l'impôt sur ses revenus alloués à cet État.

De façon générale, avoir un domicile légal ou commercial dans un État, y disposer d'un lieu d'affaires ou y employer du capital ou des biens (de

²⁴ Dont le *Uniform Division of Income For Tax Purposes Act* (aussi connu sous le vocable de « UDITPA »), élaboré par le National Conference of Commissioners, et le *Multistate Tax Compact*, créé par le Multistate Tax Commission.

l'inventaire, par exemple) et y avoir des employés sont souvent des situations suffisantes pour établir un *nexus* (un lien imposable) dans un État. D'autres indications d'un *nexus* peuvent être le fait d'avoir des employés qui sollicitent des ventes et acceptent des commandes dans l'État ou qui, par exemple, fournissent des services à des sociétés situées dans l'État.

2.3. LOI PUBLIQUE 86-272

En réponse à une incertitude résultant de plusieurs décisions des tribunaux américains à la fin des années 1950, le Congrès américain a adopté une loi publique, soit la *Loi Publique 86-272* (ci-après « P.L. 86-272 ») dans le but d'uniformiser l'application des critères de *nexus* entre les États, et ce, en établissant de façon législative une liste d'activités protégées (c'est-à-dire des activités ne pouvant pas créer de *nexus* dans les États). Cette liste, qui a évolué et qui a été dressée par le Multistate Tax Commission à la suite, entre autres, d'une décision de la Cour suprême des États-Unis en 1992²⁵, est représentée en annexe.

La P.L. 86-272 empêche donc les États d'imposer, sur une base d'impôts sur le revenu, une société dont le seul *nexus* avec un État donné consiste à solliciter des commandes (à travers les activités de ses propres vendeurs ou d'agents indépendants) qui sont approuvées et livrées à partir d'un point situé à l'extérieur de l'État. Il est important de noter que la P.L. 86-272 ne protège que les ventes de biens tangibles, et non la prestation de services.

Il est donc probable qu'un État dans lequel le seul critère créant un *nexus* serait la présence d'un employé sollicitant des ventes (c'est-à-dire un État où aucune autre activité n'y est exercée et où il n'y a pas de présence physique comme des immobilisations ou de l'inventaire) ne soit pas en mesure de prélever un impôt calculé sur le revenu. Par contre, la P.L. 86-272 ne protège pas une société contre un impôt prélevé sur une base autre que le revenu, tel qu'un impôt basé sur le capital, les actifs, les ventes brutes, etc.

Mentionnons, finalement, que de façon générale les règles de la P.L. 86-272 s'appliquent aux sociétés canadiennes. Les sociétés canadiennes ne seront donc pas imposables dans un État si elles limitent leurs activités à des activités protégées dans cet État. Notons, toutefois, que certains États, comme la Californie, par exemple, prétendent que cette loi ne s'applique pas aux sociétés incorporées à l'extérieur des États-Unis puisque ce n'était pas

²⁵ *Wisconsin's Dep't of Revenue v. William Wrigley, Jr. Co.*, 112 S. Ct. 2447 (1992).

l'intention du législateur au moment où la loi a été adoptée. Retenons simplement que très peu d'États se sont prononcés sur le sujet et que la plupart respectent l'application de la loi pour les sociétés non résidentes des États-Unis.

2.4. AUTRES ÉLÉMENTS À CONSIDÉRER

En plus des impôts sur le revenu, les États imposent souvent d'autres formes d'imposition comme les impôts sur les capitaux propres (un type de taxe sur le capital), les impôts incorporels (impôts sur la valeur des actions, des obligations, etc.), les impôts fonciers, les taxes de vente et de services, etc. Ces autres formes d'imposition ne font pas l'objet de discussion dans ce texte puisqu'elles sortent du cadre du présent sujet, qui se veut davantage un survol des règles fiscales de base en matière d'impôt sur le revenu. Elles doivent néanmoins faire l'objet d'une attention particulière lorsqu'une entreprise est présente de quelque manière que ce soit dans un État, car ces formes d'imposition, si elles sont négligées, pourraient faire la différence entre des opérations américaines rentables ou non.

CONCLUSION

Trop souvent, des entreprises canadiennes font des affaires aux États-Unis sans se préoccuper des conséquences fiscales auxquelles elles s'exposent. Une connaissance suffisante ou un soutien approprié dans l'expansion des activités d'une société vers les États-Unis permettront généralement d'éviter des problèmes et même d'optimiser le portrait fiscal de l'entreprise.

ANNEXE

Liste des activités où l'immunité de la P.L. 86-272 est accordée :

- solliciter des ventes par quelque intermédiaire que ce soit;
- détenir des échantillons destinés à faire la promotion du produit ou à des fins de distribution sans contrepartie;
- détenir des véhicules ou en louer au personnel de vente;
- recevoir les questions, les commentaires et les plaintes de la clientèle et les acheminer à la société mère;
- faire l'évaluation et la prise d'inventaire des clients sans contrepartie;
- maintenir des échantillons ou une salle d'exposition pendant moins de 14 jours (deux semaines) pendant l'exercice financier;
- solliciter des commandes par un employé résident de l'État, si l'employé ne maintient aucun bureau ou aucun lieu fixe d'affaires pouvant être attribuable à la société mère;
- recruter, entraîner et évaluer le personnel de vente, incluant l'utilisation occasionnelle de maisons, d'hôtels ou d'autres habitations similaires à des fins de rencontres avec le personnel de vente;
- maintenir, par l'intermédiaire d'un employé, un bureau à domicile qui n'est pas payé directement ou indirectement par la société mère et qui ne peut pas être attribuable de quelque façon que ce soit à la société mère;
- entretenir des relations directes auprès des clients ayant porté plainte aux seules fins d'entraîner le personnel de vente.

Liste des activités non protégées par la P.L. 86-272 :

- réparer les biens vendus ou effectuer leur entretien (ou autres services);
- percevoir les comptes clients;
- effectuer des enquêtes de crédit;

- installer ou superviser des installations;
- offrir des cours, des séminaires ou des conférences aux employés autres que ceux qui participent uniquement aux activités de sollicitation;
- offrir du soutien technique ou d'autres services lorsqu'un des buts n'est pas de faciliter la sollicitation;
- enquêter ou aider à la résolution de plaintes de clients (à moins que le seul but de la médiation ne soit d'obtenir la confiance des employés auprès des clients);
- approuver et accepter des commandes;
- reprendre possession des biens;
- accepter un acompte;
- reprendre ou remplacer des biens endommagés ou qui doivent être retournés;
- engager ou entraîner du personnel autre que le personnel qui fait uniquement de la sollicitation;
- donner des informations relatives à la livraison des biens aux clients;
- maintenir des échantillons ou une salle d'exposition pendant plus de 14 jours (deux semaines) pendant l'exercice financier;
- détenir des échantillons destinés à la vente, à l'échange ou à la distribution moyennant une contrepartie;
- posséder, louer, utiliser ou maintenir les installations suivantes :
 - un atelier de réparation,
 - un service de pièces,
 - un bureau d'achat,
 - un bureau d'emploi,
 - un entrepôt,

- un lieu de rencontre pour les directeurs, les administrateurs et les employés,
 - un inventaire de biens autres que des échantillons utilisés uniquement à des fins de sollicitation,
 - un service de répondeur téléphonique mis en place pour le compte de la société,
 - des magasins mobiles (c'est-à-dire des véhicules avec des conducteurs qui vendent directement des véhicules),
 - un bien immeuble ou des biens meubles s'y rattachant;
- mettre en consignment des biens tangibles à quiconque, incluant une personne agissant à titre de représentant indépendant;
 - maintenir un bureau ou un lieu d'affaires de quelque nature par un employé ou tout autre représentant.

TAXE DE VENTE AMÉRICAINE

**Daniel Guérard**

CA, CPA, LL. M. Fisc.

Harel Drouin – PKF, s.e.n.c.r.l., CA

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	11:5
1. VUE D'ENSEMBLE DE LA TAXE DE VENTE AMÉRICAINE	11:5
2. NEXUS OU PRÉSENCE IMPOSABLE	11:7
2.1. EN GÉNÉRAL	11:7
2.2. <i>DUE PROCESS CLAUSE</i> ET <i>COMMERCE CLAUSE</i> DE LA CONSTITUTION AMÉRICAINE	11:8
2.3. PRÉSENCE PHYSIQUE	11:10
2.4. ÉTAT DE NEW YORK	11:12
3. BIENS ET SERVICES ASSUJETTIS À LA TAXE DE VENTE	11:13
3.1. BIENS MEUBLES CORPORELS	11:13
3.1.1. En général	11:13
3.1.2. Bien meuble corporel <i>versus</i> bien immeuble.....	11:13
3.1.3. Contrat de location et vente conditionnelle	11:14

3.2.	SERVICES TAXABLES	11:15
3.2.1.	En général	11:15
3.2.2.	La fourniture mixte d'un service et de la vente d'un bien meuble corporel.....	11:16
3.2.3.	Les contrats d'entretien.....	11:16
3.2.4.	Frais de transport.....	11:17
3.2.5.	État de New York.....	11:17
3.3.	LOGICIELS ET SERVICES INFORMATIQUES.....	11:18
3.3.1.	En général	11:18
4.	EXEMPTIONS	11:21
4.1.	EN GÉNÉRAL.....	11:21
4.2.	IDENTITÉ DE L'ACHETEUR	11:22
4.2.1.	Gouvernement fédéral.....	11:22
4.2.2.	États américains	11:22
4.2.3.	Organismes exonérés d'impôt.....	11:23
4.3.	CARACTÈRE DU BIEN	11:23
4.4.	UTILISATION DU BIEN	11:23
4.4.1.	Achat à des fins de revente	11:23
4.4.2.	Matières premières, matériel d'emballage et matériel servant au transport.....	11:25
4.4.3.	Machinerie et équipement de fabrication et de transformation	11:27
4.5.	NATURE DE LA TRANSACTION	11:29
4.5.1.	Fusion, acquisition, liquidation et incorporation	11:29
4.5.2.	Vente en bloc d'une entreprise	11:30
4.5.3.	Vente occasionnelle	11:31
5.	PRIX DE VENTE AUX FINS DE LA TAXE DE VENTE	11:32
5.1.	EN GÉNÉRAL.....	11:32
5.2.	ESCOMPTES	11:32
5.3.	ÉCHANGES.....	11:33
5.4.	ÉTAT DE NEW YORK	11:33
6.	TAUX DE LA TAXE DE VENTE	11:34
7.	TAXE D'UTILISATION	11:34
8.	CAS PARTICULIERS	11:36
8.1.	IMPRIMEURS.....	11:36
8.1.1.	En général	11:36
8.1.2.	État de New York.....	11:36
8.2.	ENTREPRENEURS EN CONSTRUCTION	11:37
8.2.1.	En général	11:37

8.2.2.	État de New York.....	11:37
8.3.	<i>DROP SHIPMENT</i>	11:39
8.3.1.	En général	11:39
8.3.2.	État de New York.....	11:40
9.	ASPECTS ADMINISTRATIFS	11:40
9.1.	EN GÉNÉRAL.....	11:40
9.2.	INSCRIPTION	11:41
9.2.1.	En général	11:41
9.2.2.	État de New York.....	11:41
9.3.	PRÉLEVER ET REMETTRE LA TAXE DE VENTE ET D'UTILISATION.....	11:42
9.4.	DÉCLARATIONS ET REMISE DES TAXES AUX AUTORITÉS FISCALES.....	11:42
9.4.1.	En général	11:42
9.4.2.	État de New York.....	11:43
9.5.	REMBOURSEMENTS DE TAXES	11:44
9.6.	OBLIGATIONS DU VENDEUR ET DE SES DIRIGEANTS	11:45
9.7.	PÉNALITÉS ET INTÉRÊTS	11:45
9.7.1.	En général	11:45
9.7.2.	État de New York.....	11:46
	CONCLUSION	11:47

INTRODUCTION

La taxe de vente américaine est généralement l'une des premières incidences fiscales qui frappent une société canadienne faisant affaire aux États-Unis. Malheureusement, elle est très souvent négligée. Le présent texte a pour but de sensibiliser le lecteur à la dure réalité de la taxe de vente américaine.

Le titre porte à croire qu'il n'existe qu'une seule taxe de vente aux États-Unis. En fait, il existe autant de taxes de vente qu'il y a d'États américains qui utilisent ce mode de taxation. Plutôt que de sombrer dans les généralités, l'auteur a choisi de présenter, de façon succincte, les différentes « façons de faire » des États américains et ensuite, d'utiliser l'exemple de l'État de New York. Cet État a été choisi puisque la plupart des entreprises québécoises faisant affaire aux États-Unis sont présentes dans l'État de New York. De plus, les autorités fiscales de cet État cognent souvent aux portes des entreprises québécoises pour effectuer des vérifications.

Quarante États américains et le District de Columbia participent présentement à un projet afin d'uniformiser la taxe de vente aux États-Unis (le *Streamlined Sales Tax Project* (ci-après « SSTP »)). Le 12 novembre 2002, des représentants des États concernés ont voté en faveur du SSTP. Les législatures d'au moins 10 États américains qui représentent au moins 20 % de la population des États qui imposent une taxe de vente aux États-Unis doivent maintenant adopter des modifications à leur législation fiscale pour satisfaire aux changements requis par le SSTP. Le projet deviendra réalité uniquement lorsque ce niveau minimal de conformité sera atteint.

Afin d'alléger le texte, nous utilisons l'expression « taxe de vente » pour désigner la taxe de vente au détail, la taxe d'utilisation et d'autres taxes qui s'appliquent au vendeur plutôt qu'à l'acheteur de biens meubles corporels.

1. VUE D'ENSEMBLE DE LA TAXE DE VENTE AMÉRICAINE

Quarante-cinq États américains et le District de Columbia imposent des taxes de vente au détail¹. Ces taxes s'appliquent généralement à la vente de biens meubles corporels (à moins d'une exemption spécifique) et à certains

¹ Les États américains qui ne prélèvent pas de taxe de vente sont : l'Alaska, le Delaware, le Montana, le New Hampshire et l'Oregon. Toutefois, certains comtés et certaines villes de l'État d'Alaska prélèvent une taxe de vente. De plus, l'Alaska et l'Oregon jonglent avec l'idée d'introduire une taxe de vente.

services qui sont spécifiquement énumérés. Il n'y a pas vraiment d'uniformité entre les États américains en ce qui a trait aux biens et services taxables.

Une taxe de vente au détail devrait s'appliquer uniquement lors de la vente au consommateur ultime d'un bien. Pour cette raison, un mécanisme est prévu pour exempter certaines ventes intermédiaires (par exemple, la vente d'un bien meuble corporel par le fabricant au distributeur et celle du distributeur au détaillant). Cependant, la taxe de vente américaine n'est pas parfaite et plusieurs intrants d'entreprise sont effectivement assujettis à la taxe de vente.

La taxe de vente s'applique généralement à la vente et à la location d'un bien meuble corporel. Il faut appliquer les règles de l'État où le titre légal ou la possession d'un bien est transféré.

La taxe d'utilisation s'applique à l'acheteur d'un bien meuble corporel ou d'un service taxable, qui n'a pas payé la taxe de vente à l'achat du bien ou du service taxable (soit parce que le vendeur n'était pas tenu de prélever la taxe, soit parce que l'acheteur a présenté au vendeur un certificat d'exemption), mais qui est ultimement le consommateur du bien ou du service taxable dans un État américain qui impose une taxe d'utilisation. Dans pareil cas, l'acheteur doit remettre la taxe d'utilisation aux autorités fiscales de l'État où le bien/service a été consommé. La taxe d'utilisation est généralement complémentaire à la taxe de vente de l'État.

Dans un système de taxe de vente au détail, le consommateur ultime d'un bien ou d'un service taxable doit payer la taxe. Pour sa part, le vendeur qui a une présence imposable (ou *nexus*) dans l'État est tenu de prélever et de remettre la taxe de vente aux autorités fiscales. Si le vendeur ne s'acquitte pas de ses responsabilités, il peut être tenu d'acquitter la taxe de vente impayée. Toutefois, dans ce dernier cas, il a un recours légal contre l'acheteur.

Les comtés, les villes et les districts scolaires peuvent également prélever une taxe de vente sur les biens livrés ou les services rendus dans leur juridiction. Même si l'administration de toutes ces taxes est confiée à l'État, il n'y a pas un taux unique de taxe de vente par État. En effet, chaque comté, ville ou district scolaire peut avoir son propre taux de taxe de vente.

Certains États américains imposent des taxes semblables à la taxe de vente et d'utilisation (par exemple, les *Gross Receipts Taxes*, les *Privilege and Occupation Taxes* et les *Utility Taxes*). Contrairement à la taxe de vente

et d'utilisation, le vendeur (et non l'acheteur) est redevable de ces taxes. De plus, elles comportent généralement moins d'exemptions que la taxe de vente et d'utilisation. Finalement, l'État du Michigan prélève une taxe sur la valeur ajoutée (la *Single Business Tax*). Toutefois, cette taxe n'est pas transactionnelle. Elle s'applique généralement aux entreprises et se calcule sur une déclaration de revenus annuelle².

En terminant cette brève vue d'ensemble de la taxe de vente américaine, il est bon de souligner deux problèmes structurels : i) la base de taxation s'appuie principalement sur la vente de biens meubles corporels, alors que le secteur des services occupe une place prédominante dans l'économie américaine; et ii) selon une étude récente³, 40 % des biens et services taxables sont des intrants d'entreprise. Par conséquent, la taxe de vente américaine s'applique en cascade.

2. NEXUS OU PRÉSENCE IMPOSABLE

2.1. EN GÉNÉRAL

Le *nexus* est le lien définitif, la connexion minimale entre un État américain et la personne qu'il cherche à imposer⁴. Pour qu'un État ait le droit d'imposer une obligation au vendeur ou à l'acheteur d'une fourniture taxable, il faut que cette personne ait une présence imposable dans l'État en question. Tout vendeur doit donc se poser les questions suivantes :

- quel est le niveau d'activités qui donne le droit à un État américain d'obliger un vendeur à s'enregistrer et à percevoir la taxe de vente?
- est-ce qu'une activité minimale dans l'État crée un « lien définitif »?
- le vendeur devrait-il s'enregistrer volontairement pour percevoir la taxe de vente?

² Formulaire C-8000, *Michigan Single Business Tax Annual Return*.

³ Raymond J. RING Jr., « Consumers' Share and Producers' Share of the General Sales Tax », (1999), 52 *National Tax Journal* 79-90.

⁴ Bien que le terme technique utilisé dans la littérature soit « *nexus* », nous utiliserons dans le présent texte l'expression « présence imposable » pour désigner ce lien minimal qui doit exister pour qu'un État ait le droit d'imposer une obligation au vendeur ou à l'acheteur d'une fourniture taxable.

2.2. **DUE PROCESS CLAUSE ET COMMERCE CLAUSE DE LA CONSTITUTION AMÉRICAINE**⁵

Les États américains ont le droit d'imposer une taxe ou d'obliger un vendeur à prélever une taxe de vente sur leur territoire. Ce droit est inscrit dans la Constitution des États américains et est limité uniquement par la Constitution américaine. Selon cette dernière, seule la *Due Process Clause* ou la *Commerce Clause* peut limiter le droit d'un État américain d'obliger un vendeur à percevoir une taxe de vente. Tous les États américains doivent donc respecter ces deux dispositions de la Constitution américaine.

La *Due Process Clause* s'intéresse à la notion d'équité qui doit être présente dans toute loi. Ainsi, la notion de présence imposable aux fins de la *Due Process Clause* s'intéresse aux liens qu'une personne entretient avec un État américain donné par rapport aux obligations fiscales que ce même État veut imposer. Selon ce principe, un État américain n'a pas le droit d'imposer une obligation fiscale à une personne qui n'y a pas une connexion minimale.

Pour sa part, le *substantial nexus* de la *Commerce Clause* sert à limiter les contraintes au commerce entre les États américains. Un vendeur n'aura pas de présence imposable dans un État américain en vertu de la *Commerce Clause* si ses obligations fiscales y sont démesurées par rapport à son activité économique dans l'État en question, créant ainsi une barrière au commerce entre les États américains.

Dans l'arrêt *Quill Corporation v. North Dakota*⁶, la Cour suprême des États-Unis a, pour la première fois, examiné séparément la *Due Process Clause* et la *Commerce Clause* de la Constitution américaine. La Cour a rejeté sa propre analyse dans l'affaire *National Bellas Hess, Inc. v. Department of Revenue of Illinois*⁷ selon laquelle il fallait une présence physique dans un État pour y établir une présence imposable aux fins de la *Due Process Clause*. La Cour a statué qu'il fallait, au minimum, une présence économique dans l'État en question pour établir une équité et une justice naturelle en vertu de la *Due Process Clause*.

⁵ *United States Constitution, Library of Congress, Washington D.C., 17 septembre 1787* (ci-après « Constitution américaine »).

⁶ 504 U.S. 298 (1992) (ci-après « *Quill* »).

⁷ 386 U.S. 753 (1967).

À la suite de l'arrêt antérieur de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Complete Auto Transit, Inc. v. Brady*⁸, toute taxe prélevée par un État américain doit respecter les quatre conditions suivantes en vertu de la *Commerce Clause* :

- elle doit être liée à une activité dont la « présence est relativement importante » (l'expression *substantial nexus* est utilisée par la Cour) au sein de l'État;
- elle doit être répartie équitablement;
- elle ne doit pas contrer démesurément le commerce entre les États américains; et
- il doit exister un rapport raisonnable entre l'obligation fiscale et les services fournis par l'État en question.

Ces quatre conditions ont été réitérées dans l'arrêt *Quill*, et la Cour suprême des États-Unis est venue préciser la notion de « présence relativement importante » aux fins de la taxe de vente. Par conséquent, même si les exigences de la *Due Process Clause* peuvent être respectées en prenant avantage du marché économique d'un État américain (par exemple, en y faisant de la publicité sur une base continue), il faut au minimum une présence physique pour respecter les exigences de la *Commerce Clause* de la Constitution américaine.

Soulignons en terminant que la *Commerce Clause* comprend deux éléments : i) une disposition « active »; et ii) une autre « dormante ». La disposition active provient du fait que la Constitution américaine donne au Congrès américain le droit de légiférer en matière de commerce entre les États américains. Pour sa part, la disposition dormante découle de l'interprétation donnée par la Cour suprême des États-Unis de la disposition active. En règle générale, la disposition dormante empêche un État américain de créer une quelconque obligation fiscale pour le vendeur si celle-ci limitait le commerce entre les États américains. La Cour suprême des États-Unis joue donc un rôle d'arbitre quand vient le temps de déterminer si l'obligation fiscale d'un État vient à l'encontre de la disposition dormante de la *Commerce Clause* de la Constitution américaine.

⁸ 430 U.S. 274 (1977).

2.3. PRÉSENCE PHYSIQUE

À la suite de l'arrêt *Quill*, la Cour suprême des États-Unis n'est plus intervenue pour définir le niveau de présence physique nécessaire en vertu de la *Commerce Clause* de la Constitution américaine. Dans bien des cas, les précisions proviennent de causes antérieures à l'arrêt *Quill*. Les activités suivantes créent généralement une présence imposable dans un État américain :

- la présence d'employés de façon régulière et continue;
- la possession ou l'utilisation de biens de façon régulière et continue;
- la présence imposable d'une autre division de la même société⁹;
- la présence de représentants indépendants qui sollicitent des ventes, de façon régulière et continue, pour le compte du vendeur¹⁰;
- dans certains cas, les tribunaux ont utilisé la notion de mandant/mandataire pour attribuer les activités du mandataire au vendeur (le mandant), et ainsi créer une présence imposable pour ce dernier dans l'État¹¹, et

⁹ *National Geographic Society v. California Board of Equalization*, 430 U.S. 551 (1977). La National Geographic Society avait des bureaux dans l'État de la Californie où elle sollicitait de la publicité pour son magazine. La société vendait également des cartes géographiques par la poste à des clients situés dans l'État de la Californie. Les activités de sollicitation pour de la publicité et des ventes de cartes géographiques n'étaient pas liées. La Cour suprême des États-Unis a déterminé que la National Geographic Society avait une présence imposable dans l'État de la Californie, et qu'elle y avait donc l'obligation de s'inscrire et de prélever la taxe de vente sur ses ventes de cartes géographiques.

¹⁰ *Scripto, Inc. v. Carson*, 362 U.S. 207 (1960); *Tyler Pipe Industries, Inc. v. Washington Department of Revenue*, 483 U.S. 232 (1987).

¹¹ *Furnitureland South, Inc. v. Comptroller*, No. C-97-37872 OC (Md. Cir. Ct., 13 août 1999). Dans cette affaire, le vendeur n'avait aucune présence physique directe dans l'État du Maryland. Cependant, un transporteur indépendant effectuait les tâches suivantes pour le compte du vendeur : i) le transport des marchandises vendues par Furnitureland; ii) l'installation des marchandises vendues; iii) la réparation des biens endommagés; iv) la collecte de quelques comptes clients et v) le transport de marchandises additionnelles afin de promouvoir les ventes de Furnitureland. De plus, les camions du transporteur indépendant affichaient le logo de Furnitureland. La Cour a statué que le transporteur indépendant agissait à titre de mandataire pour (à suivre...)

- l'utilisation régulière et continue de ses propres camions pour livrer de la marchandise dans l'État¹².

Les activités suivantes ne créent généralement pas de présence imposable dans un État américain :

- la livraison de biens par un transporteur public ou par la poste¹³;
- en règle générale, les États américains n'ont pas eu de succès dans leurs tentatives d'attribuer les activités d'une société à une autre société sous contrôle commun¹⁴;
- l'utilisation occasionnelle de ses propres camions pour livrer des biens dans l'État¹⁵.

À ce jour, la Cour suprême des États-Unis n'a pas rendu de décisions concernant la présence de représentants indépendants dans l'État pour effectuer des tâches autres que la sollicitation de ventes. Par exemple, l'utilisation des services d'un avocat new-yorkais dans le cadre d'un litige ne devrait généralement pas créer, en soi, une présence imposable dans l'État de New York. Par contre, l'utilisation des services d'une firme indépendante pour rendre des services de support technique dans l'État de New York pourrait créer une présence imposable.

(... suite)

Furnitureland et que, par conséquent, ses activités dans l'État du Maryland créaient une présence imposable pour Furnitureland aux fins de la taxe de vente.

¹² *Brown's Furniture, Inc. v. Wagner*, No. 78195 (Ill., 18 avril 1996); *Town Crier, Inc. v. Zehnder*, No. 1-98-4251 (Ill. App. Ct., 30 juin 2000); *John Swenson Granite Co. v. State Tax Assessor*, 685 A.2d 425 (Me. Super. Ct. 1996).

¹³ *Quill*, précité, note 6. Soulignons que cette activité ne crée généralement pas de présence imposable pour le vendeur, mais elle peut en créer une pour le transporteur public.

¹⁴ *SFA Folio Collections, Inc. v. Tracy*, 73 Ohio St. 3d 119, 652 N.E.2d 693 (1995); *Current, Inc. v. State Board of Equalization*, 24 Cal. App. 4th 382, 29 Cal. Rptr. 2d 407 (Ct. App. 1994); *Bloomington's By Mail, Ltd. v. Commonwealth*, 130 Pa. Commw. 190, 567 A.2d 773 (Pa. 1989); *J.C. Penney National Bank v. Johnson*, No. M1998-00497-COA-R3-CV (Tenn. Ct. App. 1999). Cependant, il est important que la société ne soit pas la mandataire de l'autre société sous contrôle commun. Le cas échéant, les autorités fiscales pourraient utiliser la règle du mandant/mandataire décrite précédemment pour attribuer les activités du mandataire au mandant.

¹⁵ *Miller Bros. Co. v. Maryland*, 347 U.S. 340 (1954).

Quand un vendeur crée une présence imposable dans un État, il doit généralement s'inscrire aux fins de la taxe de vente afin d'éviter toute cotisation de taxes, pénalités et intérêts. Plus de 20 États américains ont présentement des équipes de vérification de la présence imposable (entre autres, le Colorado, le New Jersey, le Nouveau Mexique, l'Ohio et la Pennsylvanie).

2.4. ÉTAT DE NEW YORK

Les statuts de l'État de New York stipulent qu'une personne qui fait régulièrement de la sollicitation dans l'État (par l'envoi de catalogues ou par tout autre mode de publicité) doit prélever la taxe de vente sur les ventes qu'elle réalise dans l'État. Toutefois, cette obligation s'applique uniquement si le vendeur a, en plus, la présence physique nécessaire en vertu de la Constitution américaine¹⁶.

Les mêmes statuts stipulent qu'une personne est présumée « faire régulièrement de la sollicitation » dans l'État de New York si : i) ses ventes cumulatives dans l'État ont dépassé 300 000 \$¹⁷ au cours des quatre derniers trimestres; et ii) la personne a réalisé plus de 100 ventes à des clients dans l'État au cours de cette période¹⁸.

L'obligation de prélever la taxe de vente de l'État de New York s'applique également à la personne qui livre régulièrement ses produits dans l'État, autrement que par la poste ou un transporteur public¹⁹. Les règlements stipulent qu'une personne est présumée « avoir livré régulièrement ses produits » dans l'État si elle y a effectué plus de 12 livraisons au cours des quatre derniers trimestres²⁰.

¹⁶ *New York Tax Law* (ci-après « N.Y. Tax Law »), § 1101(b)(8)(i)(C)(II); *Règlements de l'État de New York* (ci-après « NYCRR 20 »), § 526.10.

¹⁷ Dans le présent texte, toutes les valeurs monétaires sont en dollars américains.

¹⁸ § 1101(b)(8)(i)(E) N.Y. Tax Law; § 526.10(a)(6)(iv) NYCRR 20. Dans l'État de New York, les trimestres se terminent à la fin des mois de février, mai, août et novembre. Il est bon de souligner que le règlement stipule que la personne n'a pas besoin d'une présence physique dans l'État. Cette disposition du règlement pourrait être inconstitutionnelle.

¹⁹ § 1101(b)(8)(i)(D) N.Y. Tax Law.

²⁰ § 526.10(a)(5)(ii) NYCRR 20.

Dans l'arrêt *Quill*, la Cour suprême des États-Unis a statué qu'il fallait plus qu'une présence minimale pour donner le droit à un État américain d'imposer une obligation fiscale à une personne. Cependant, la Cour n'a pas clairement défini le seuil de présence minimale. Dans la décision conjointe *Orvis Company, Inc. v. Tax Appeals Tribunal et autres* et *Vermont Information Processing v. Tax Appeals Tribunal et autres*²¹, la plus haute Cour de l'État de New York a conclu que 12 visites effectuées dans l'État par des employés d'Orvis, durant une période de 3 ans, étaient suffisantes pour créer une présence imposable dans l'État de New York.

3. BIENS ET SERVICES ASSUJETTIS À LA TAXE DE VENTE

3.1. BIENS MEUBLES CORPORELS

3.1.1. En général

La taxe de vente s'applique à la fourniture de biens meubles corporels et à certains services. En règle générale, elle ne s'applique pas à la fourniture de biens incorporels ou de biens immeubles.

Un bien meuble corporel est un bien qui peut être vu, touché, mesuré, pesé, ou est autrement perçu par les sens. Un bien meuble corporel n'est pas un bien immeuble; il peut être déplacé et s'il est attaché à un bien immeuble, alors il peut être retiré sans altérer le bien immeuble. Un bien meuble corporel exclut spécifiquement l'argent, les actions et les obligations.

Plusieurs États américains assujettissent à la taxe de vente le transfert d'une liste d'adresses, si le médium utilisé est du papier, un ruban magnétique, une disquette ou un CD-ROM.

La vente de toute forme d'énergie (par exemple, le gaz naturel et l'électricité) est généralement taxable. Dans les États américains qui taxent la vente d'énergie, il n'est habituellement pas nécessaire de déterminer si l'énergie en question est un bien meuble corporel.

3.1.2. Bien meuble corporel versus bien immeuble

La vente d'un bien immeuble n'est pas assujettie à la taxe de vente. Il est donc important de faire la distinction entre un bien meuble corporel et un

²¹ 654 N.E.2d 954 (Ct. App. 1995), *certiorari* refusé 116 S. Ct. 518.

bien immeuble. Bien que chaque État américain ait ses propres critères pour faire cette distinction, nous en examinerons trois.

Premièrement, il faut se demander si le bien est suffisamment attaché à un bien immeuble que son retrait entraînerait une détérioration importante du bien immeuble. À titre d'exemple, l'escalier qui mène au deuxième étage d'un immeuble est suffisamment important pour qu'il constitue sans doute un bien immeuble. Par contre, un classeur encastré dans un mur qui peut être retiré sans endommager l'immeuble conserve sans doute sa nature de bien meuble corporel.

Le deuxième critère à prendre en considération lors d'une quête sur la nature d'un bien est son degré d'intégration à un bien immeuble. Plus le bien est intégré au bien immeuble, plus élevées sont les probabilités qu'il soit traité comme un bien immeuble.

Le troisième critère est l'intention de l'acheteur d'intégrer en permanence le bien à un bien immeuble qu'il possède déjà. L'évaluation de ce dernier critère est souvent difficile puisqu'il se réfère à l'intention véritable de l'acheteur lors de l'achat du bien.

3.1.3. Contrat de location et vente conditionnelle

Le traitement des paiements faits en vertu d'un contrat de location peut varier en fonction de la substance économique de la transaction (c'est-à-dire un contrat de location-exploitation, un contrat de location-acquisition ou une vente conditionnelle).

Au terme d'un contrat de location-exploitation (location pure ou véritable), le bailleur reprend généralement la possession et l'usage du bien. Au contraire, le contrat de location-acquisition inclut habituellement une disposition qui permet au preneur d'acheter le bien à un prix de faveur au terme du bail. Le contrat de vente conditionnelle comprend généralement une disposition qui retarde le transfert du titre légal du bien jusqu'au moment où une condition est respectée (par exemple, l'acheteur acquitte le prix de vente en totalité).

Le traitement des contrats de location-exploitation, pour l'usage et la possession d'un bien meuble corporel, peut varier comme suit :

- plusieurs États américains assujettissent à la taxe de vente les paiements effectués en vertu du contrat de location-exploitation. Le bailleur peut

généralement acheter le bien loué en exemption de taxes (voir la section 4.4.1. « Achat à des fins de revente » ci-dessous);

- certains États américains traitent le bailleur comme le consommateur ultime des biens loués et l'assujettissent donc à la taxe de vente. Dans ces États, le bailleur n'a pas à prélever la taxe de vente sur les loyers puisque la taxe de vente a déjà été payée à l'achat du bien loué;
- finalement, d'autres États américains laissent à la discrétion du bailleur la méthode à utiliser pour taxer le bien meuble corporel (c'est-à-dire se taxer à l'achat du bien ou taxer chaque paiement fait en vertu du contrat de location-exploitation).

La plupart des États américains traitent le contrat de location-acquisition et la vente conditionnelle comme une vente réelle. La somme de tous les paiements exigibles en vertu du contrat est alors assujettie à la taxe de vente à l'insertion du bail (contrat de location-acquisition) ou au moment de la vente (vente conditionnelle). Pour être exemptée de taxe, la portion intérêt des paiements de location doit être montrée séparément sur la facture.

Dans certains États américains, la taxe de vente s'applique à tous les paiements exigibles en vertu d'un contrat de location. Par conséquent, les frais d'entretien, de transport et d'assurance peuvent être assujettis à la taxe de vente s'ils sont initialement payés par le bailleur et refacturés au preneur selon le contrat de location.

3.2. SERVICES TAXABLES

3.2.1. En général

Les services ne sont généralement pas taxables, à moins d'être spécifiquement énumérés dans la législation fiscale d'un État américain. Au cours des dernières années, la liste des services taxables s'est graduellement allongée, surtout en ce qui a trait aux services liés à la vente de biens meubles corporels (par exemple, les frais de transport, l'installation et l'entretien des marchandises vendues).

La taxation de tous les services réglerait beaucoup de problèmes liés à l'application de la taxe de vente (par exemple, il ne serait plus nécessaire de faire la distinction entre la fourniture d'un bien meuble corporel et celle d'un service; et la base de taxation des États américains serait beaucoup plus stable à une époque où le secteur des services est plus important que le secteur manufacturier). Cependant, les États américains hésitent à prendre

cette voie à la suite de l'échec lamentable de l'État de la Floride en 1987 et de celui du Massachusetts en 1991.

3.2.2. La fourniture mixte d'un service et de la vente d'un bien meuble corporel

Plusieurs États américains utilisent le test de « l'objet véritable » pour déterminer la nature d'une fourniture mixte²². Il faut alors se demander si l'intention première de l'acheteur était d'acheter un bien meuble corporel ou d'obtenir un service pouvant comprendre accessoirement un bien meuble corporel (par exemple, les plans et devis de l'architecte).

3.2.3. Les contrats d'entretien

Les contrats d'entretien qui visent uniquement les pièces sont traités comme toutes les autres ventes de biens meubles corporels. Par conséquent, ils sont généralement assujettis à la taxe de vente, à moins que l'acheteur puisse justifier une exemption de taxes (par exemple, le contrat d'entretien vise la machinerie et l'équipement achetés en exemption de taxes).

Les contrats d'entretien qui comprennent uniquement la main-d'œuvre ne sont généralement pas taxables, à moins que l'État en question taxe spécifiquement les services d'entretien de biens meubles corporels.

Lorsqu'un contrat d'entretien englobe les pièces et la main-d'œuvre à un prix unique, il existe au moins deux traitements possibles aux fins de la taxe de vente. Premièrement, la personne qui effectue l'entretien pourrait être traitée comme l'utilisateur ultime des pièces utilisées dans le cadre d'un service non taxable. Elle serait donc redevable de la taxe de vente sur les pièces. Deuxièmement, le montant total du contrat d'entretien pourrait être assujetti à la taxe de vente. Dans un tel cas, la personne qui effectue l'entretien pourrait généralement acheter les pièces utilisées dans le cadre du contrat en exemption de taxes.

Toute personne qui vend des contrats d'entretien (pièces et main-d'œuvre) dans plusieurs États américains devrait prendre en considération la législation fiscale des États concernés afin d'estimer adéquatement la taxe de vente qu'elle devra absorber dans les États où elle sera traitée comme le consommateur ultime des pièces.

²² Soulignons que l'État de New York n'applique pas le test de « l'objet véritable ».

Au cours des dernières années, plusieurs États américains ont adopté des mesures fiscales visant les contrats de garantie. Les États qui ne taxent pas les contrats d'entretien de biens meubles corporels n'assujettissent généralement pas les contrats de garantie à la taxe de vente. Par contre, les États qui taxent les contrats d'entretien assujettissent généralement les contrats de garantie à la taxe de vente (lors de la vente du contrat de garantie ou lorsque les services de réparation sont rendus).

3.2.4. Frais de transport

Les frais de transport facturés directement par un transporteur public ne sont généralement pas taxables dans les États américains. Le traitement fiscal des frais de transport engagés par le vendeur d'un bien meuble corporel et facturés à l'acheteur varie d'un État à l'autre :

- plusieurs États américains taxent tous les frais engagés par le vendeur avant le transfert du titre légal des biens. Par conséquent, si le vendeur engage des frais de transport avant le transfert du titre légal des biens, et qu'il les facture à l'acheteur, les frais de transport deviennent taxables, à moins que l'acheteur ne soit en mesure de justifier une exemption de taxes;
- certains États américains exemptent de la taxe de vente les frais de transport qui sont indiqués séparément sur la facture;
- finalement, les frais de transport inclus dans le prix de vente d'un bien meuble corporel sont généralement taxables.

Afin de minimiser la taxe de vente, il est donc préférable que les frais de transport soient payés directement au transporteur par l'acheteur de biens meubles corporels. Dans les cas où il y a une double facturation, il est préférable d'indiquer les frais de transport séparément sur la facture. Ils pourraient ainsi être exonérés de la taxe de vente dans certains États américains.

3.2.5. État de New York

L'État de New York taxe, entre autres, les services suivants :

- transmission d'informations²³;
- production, fabrication et impression lorsque les matières premières utilisées pour rendre ces services sont fournies par l'acheteur²⁴; et
- installation, réparation et entretien de la plupart des biens meubles corporels²⁵ et des biens immeubles²⁶.

3.3. LOGICIELS ET SERVICES INFORMATIQUES

3.3.1. En général

3.3.1.1. Les logiciels

Le concepteur d'un logiciel accorde généralement une licence à l'utilisateur. La plupart des États américains incluent l'octroi d'une licence dans la définition du terme « vente » aux fins de la taxe de vente. Pour cette raison, nous utiliserons le terme « vente » dans le reste du texte même si, sur le plan juridique, la transaction n'implique pas le transfert du titre légal d'un bien.

La vente d'un logiciel prêt à utiliser²⁷ est généralement taxable, tandis que la vente d'un logiciel personnalisé²⁸ est souvent non taxable. Le logiciel prêt à utiliser est conçu pour plusieurs utilisateurs (par exemple, le logiciel Office^{xp} de Microsoft). Pour sa part, le logiciel personnalisé est conçu spécifiquement pour un utilisateur. Dans les cas où il est difficile d'établir la nature d'un logiciel, les facteurs suivants doivent être analysés :

²³ § 1105(c)(1) N.Y. Tax Law; § 527.3 NYCRR 20. À titre d'exemple, la transmission d'informations comprend : un rapport de crédit, une lettre fiscale, un bulletin financier et une étude de marché. Lorsque la transmission d'informations est personnalisée, le service n'est pas assujéti à la taxe de vente. L'information est « personnalisée » lorsqu'elle n'est pas susceptible d'apparaître intégralement dans un rapport à autrui (§ 527.3(b)(2) NYCRR 20).

²⁴ § 1105(c)(2) N.Y. Tax Law; § 527.4 NYCRR 20.

²⁵ § 1105(c)(3) N.Y. Tax Law; § 527.5 NYCRR 20. Ces services sont taxables, qu'ils soient liés à la vente de biens meubles corporels ou non. Ils sont également taxables s'ils prennent la forme d'un contrat d'entretien (§ 527.5(c) NYCRR 20).

²⁶ § 1105(c)(5) N.Y. Tax Law; § 527.7 NYCRR 20.

²⁷ Les expressions *canned software* et *off-the-shelf software* sont généralement utilisées.

²⁸ L'expression *custom software* est généralement utilisée.

- l'importance relative des services de consultation rendus avant la vente afin de déterminer les besoins du client;
- l'ampleur de la nouvelle codification;
- le rapport entre les coûts engagés pour développer le logiciel et le prix de vente;
- l'importance relative des modifications apportées à un logiciel existant;
- la disponibilité du logiciel pour d'autres utilisateurs;
- le type d'entreprise du vendeur; et
- le support offert par le vendeur pour l'installation et l'entretien régulier du logiciel.

En examinant les facteurs susmentionnés dans leur ensemble, il est possible de déterminer s'il s'agit de la vente d'un bien meuble corporel ou de la fourniture d'un service de consultation en informatique.

Dans certains États américains, le transfert sous forme numérique d'un logiciel n'est pas taxable, puisqu'il n'y a pas de transfert du titre légal d'un bien meuble corporel. Dans d'autres États, la législation fiscale stipule clairement que la fourniture d'un logiciel est taxable, peu importe son mode de transmission. Finalement, la législation fiscale de certains États est silencieuse sur le sujet.

3.3.1.2. Traitement des données

Le service de traitement des données est assujéti à la taxe de vente dans plusieurs États américains. Ce service peut comprendre, en plus du service d'entrée des données, la collecte d'information et la fourniture de rapports.

3.3.1.3. Services de consultation en informatique

Les services de consultation en informatique sont taxables dans certains États américains. Dans les États où ils ne sont pas taxables, il est important d'indiquer séparément sur la facture (ou le contrat de vente) la valeur des services non taxables et des biens meubles corporels. S'il n'y a qu'un seul prix, le montant total de la facture (ou du contrat de vente) pourrait être assujéti à la taxe de vente.

3.3.1.4. Contrats d'entretien et de mise à jour de logiciels

Il n'y a pas d'uniformité entre les États américains en ce qui a trait au traitement des contrats d'entretien et de mise à jour de logiciels. Par conséquent, la législation fiscale de chaque État où le vendeur a une présence imposable doit être examinée scrupuleusement.

Le contrat d'entretien d'un logiciel taxable est assujéti à la taxe de vente dans la majorité des États américains. Si le contrat d'entretien inclut les mises à jour, son assujettissement à la taxe de vente est encore plus probable.

3.3.1.5. Formation

Le service de formation ne devrait généralement pas être assujéti à la taxe de vente. Toutefois, il est important que la valeur du service soit identifiée séparément sur la facture.

Dans certains États américains, le service de formation lié à la vente d'un logiciel taxable est assujéti à la taxe de vente.

3.3.1.6. Manuels d'instructions

La taxe de vente devrait normalement s'appliquer à la vente de manuels d'instructions puisque ces derniers constituent des biens meubles corporels. Toutefois, dans les États américains qui n'imposent pas les logiciels personnalisés, la taxe de vente ne devrait pas s'appliquer aux manuels d'instructions qui ne sont pas facturés séparément sur la facture.

3.3.1.7. État de New York

Un vendeur dont le seul lien avec l'État de New York est l'utilisation d'un serveur pour diffuser de l'information à son égard n'a pas de présence imposable dans l'État. Toutefois, cette exemption ne s'applique pas si le vendeur détient ou loue un serveur dans l'État de New York²⁹.

La vente, la location, l'installation et la réparation d'équipements informatiques sont taxables. Cependant, l'achat ou la location d'équipements

²⁹ *New York Technical Service Bureau Memorandum* No. TSB-M-97(1.1)S, 15 novembre 1999.

informatiques utilisés directement et principalement pour le développement de logiciels n'est pas taxable³⁰.

La vente (incluant l'octroi d'une licence pour utilisation ou reproduction) et la location d'un logiciel prêt à utiliser sont taxables dans l'État de New York. La taxe de vente est applicable même si le logiciel est transféré à l'acheteur sous forme numérique. Tous les frais raisonnables pour apporter des modifications à un logiciel prêt à utiliser, à l'intention d'un utilisateur spécifique, ne sont pas assujettis à la taxe de vente. Ces frais doivent toutefois être indiqués séparément sur la facture³¹.

La taxe de vente s'applique à toute mise à jour d'un logiciel prêt à utiliser. Par contre, la mise à jour à l'intention d'un utilisateur spécifique n'est pas assujettie à la taxe de vente. Le service de support technique lié à un logiciel (incluant l'installation, la formation, la consultation en informatique et l'entretien) n'est pas taxable dans l'État de New York. Le montant facturé doit toutefois être raisonnable, et il doit apparaître séparément sur la facture ou le contrat de vente³².

Le service d'entrée de données offert par un entrepreneur indépendant n'est pas assujetti à la taxe de vente. Il est effectivement considéré comme un service de dactylographie ou de traitement de textes³³.

4. EXEMPTIONS

4.1. EN GÉNÉRAL

Les biens et services taxables, ainsi que les exemptions de taxes, émanent de l'environnement politique et économique. Pour encourager le développement de son secteur manufacturier, un État américain peut exonérer de la taxe de vente la machinerie et l'équipement de fabrication et de transformation. Pour sa part, un autre État peut décider d'exonérer la machinerie et l'équipement agricoles afin de promouvoir son agriculture.

³⁰ § 1105(a) et § 1115(a)(35) N.Y. Tax Law; *New York Technical Service Bureau Memorandum* No. TSB-M-98(5)S, 8 juin 1998.

³¹ § 1101(b)(6) N.Y. Tax Law; *New York Technical Service Bureau Memorandum* No. TSB-M 93(3)S, 1^{er} mars 1993.

³² *Id.*

³³ *New York Technical Service Bureau Memorandum* No. TSB-M-96(8)S, 30 août 1996.

En règle générale, la taxe de vente s'applique à tous les biens meubles corporels et aux services spécifiquement énumérés, à moins d'être en mesure de justifier une exemption. Il existe trois types d'exemptions applicables : i) à l'identité de l'acheteur (par exemple, les administrations publiques, les Indiens, certains organismes à but non lucratif, etc.); ii) à la nature du produit ou à son utilisation (par exemple, la nourriture, la machinerie utilisée dans la fabrication et la transformation, l'équipement de télécommunication, l'achat à des fins de revente, etc.); et iii) au type de transaction (par exemple, la vente occasionnelle, les dons, etc.).

Le vendeur d'un bien meuble corporel ou d'un service taxable doit être en mesure de justifier une exemption de taxe. En ce qui a trait aux exemptions liées à l'identité de l'acheteur et à la nature du produit, les renseignements sur la facture peuvent généralement justifier l'exemption. Par contre, lorsque le droit à l'exemption est fonction du type de transaction, le vendeur doit obligatoirement obtenir de l'acheteur, en temps opportun, un certificat d'exemption comportant des renseignements prescrits. À défaut d'obtenir un tel certificat, le vendeur doit percevoir la taxe de vente de l'État où les biens sont livrés, s'il y a une présence imposable.

4.2. IDENTITÉ DE L'ACHETEUR

4.2.1. Gouvernement fédéral

La Constitution américaine et la législation fiscale des États américains prévoient que le gouvernement fédéral est exonéré de la taxe de vente. À cet égard, la plupart des États américains exigent que les achats soient supportés par un bon de commande du gouvernement fédéral, et qu'ils soient payés à même les fonds publics.

Dans la plupart des États américains, les ventes à des employés du gouvernement fédéral ne sont pas assujetties à la taxe de vente uniquement si elles sont payées par une carte de crédit émise au nom du gouvernement fédéral.

4.2.2. États américains

Les ventes à un État américain ou à une de ses subdivisions politiques sont généralement exonérées de la taxe de vente. Toutefois, les ventes à un État ou à une de ses subdivisions politiques qui surviennent dans un autre État sont généralement assujetties à la taxe de vente. En d'autres mots, les États américains ne sont pas assujettis à leur propre taxe de vente, mais sont généralement assujettis aux taxes de vente des autres États.

Plusieurs États américains exigent que les achats soient supportés par un bon de commande de l'État ou d'une de ses subdivisions politiques, et qu'ils soient payés à même les fonds publics. De plus, dans la plupart des États, les ventes à des employés de l'État ou d'une de ses subdivisions politiques ne sont pas assujetties à la taxe de vente uniquement si elles sont payées par une carte de crédit émise au nom de l'État ou d'une de ses subdivisions politiques.

4.2.3. Organismes exonérés d'impôt

Les organismes qui ne paient pas d'impôt fédéral en vertu de l'article 501 de l'*Internal Revenue Code*³⁴ sont généralement exonérés de la taxe de vente (à titre d'exemple, les organismes à but non lucratif). La liste des organismes exonérés peut toutefois varier d'un État à l'autre.

Le vendeur doit obtenir, de bonne foi, le numéro d'exemption de l'organisme exonéré ou un certificat d'exemption dûment rempli. Dans l'État de New York, tout organisme exonéré d'impôt doit fournir au vendeur le Formulaire ST-119, *Exempt Organization Certificate*, pour acheter des biens ou des services en exemption de taxes.

4.3. CARACTÈRE DU BIEN

La plupart des États américains exemptent de la taxe de vente les produits alimentaires de base, les vêtements de base et les médicaments sur ordonnance. Pour l'instant, il n'y a pas d'uniformité entre les États américains en ce qui a trait aux biens exonérés de la taxe de vente.

4.4. UTILISATION DU BIEN

4.4.1. Achat à des fins de revente

La plupart des États américains accordent une exemption de taxes à l'acheteur de biens meubles corporels et de services taxables qui achète ses fournitures taxables à des fins de revente. L'acheteur doit être en mesure de justifier son exemption en émettant un certificat de revente dûment rempli.

³⁴ *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »).

La législation fiscale de chaque État américain décrit les informations minimales qui doivent apparaître sur le certificat de revente³⁵. Ces informations sont généralement :

- la date;
- la signature et le titre de l'acheteur;
- le nom et l'adresse de l'acheteur;
- un énoncé stipulant que le bien décrit sur le certificat est acheté à des fins de revente;
- le numéro d'enregistrement de l'acheteur aux fins de la taxe de vente;
- une description générale des biens vendus par l'acheteur dans le cadre de son entreprise;
- un énoncé stipulant que le certificat vise une transaction spécifique ou une multitude de transactions de même nature³⁶.

Dans la plupart des États américains, le certificat de revente se présente sous la forme d'un formulaire prescrit que l'acheteur doit remplir et remettre au vendeur³⁷. Le vendeur doit avoir en sa possession le certificat de revente dans un délai prescrit (généralement de 60 ou 90 jours) suivant la transaction

³⁵ Dans quelques États américains, si ces informations apparaissent sur le bon de commande, le vendeur peut accorder l'exemption de taxes sans obtenir un certificat de revente de l'acheteur. Dans l'État de New York, le vendeur doit obligatoirement obtenir de l'acheteur le Formulaire ST-120, *Resale Certificate*, dûment rempli. Le vendeur doit obtenir le formulaire dans un délai de 90 jours suivant la date de livraison.

³⁶ Le nom donné à un certificat qui vise plusieurs transactions de même nature est un *blanket certificate*. La validité d'un tel certificat peut varier, d'une année à une période indéfinie. Il est donc important d'examiner la législation fiscale pertinente pour déterminer la période de validité d'un *blanket certificate*. Dans l'État de New York, le *blanket certificate* est valide indéfiniment, à moins que l'utilisation faite des biens par l'acheteur change.

³⁷ Soulignons que les autorités fiscales de plusieurs États américains acceptent comme pièce justificative le certificat modèle émis par la *Multistate Tax Commission*, un regroupement d'États américains qui tente d'uniformiser les régimes fiscaux des États américains. L'État de New York n'accepte toutefois pas ce certificat modèle.

de vente. Une façon efficace d'obtenir ce certificat d'un acheteur récalcitrant est de facturer la taxe de vente. Si le certificat de revente est reçu dans le délai prescrit, le vendeur peut alors émettre une note de crédit pour le montant de la taxe de vente³⁸.

L'acheteur de biens meubles corporels qui sont donnés aux clients à des fins promotionnelles est généralement considéré comme le consommateur ultime de ces biens. Par conséquent, il ne peut pas bénéficier de l'exemption pour « achat à des fins de revente ». De la même façon, un bien meuble qui est vendu à un prix minimal qui ne reflète pas son coût réel ne peut généralement pas être acheté en exemption de taxes.

Dans certains cas, l'acheteur d'un bien meuble corporel n'est pas en mesure de déterminer le statut (taxable ou exonéré) d'un bien au moment de l'achat. Dans plusieurs États américains, l'acheteur placé dans cette situation peut obtenir un *direct pay permit* des autorités fiscales. Ce permis donne à l'acheteur le droit d'acheter tous ses biens en exemption de taxes et, le cas échéant, d'acquitter la taxe d'utilisation si un bien est utilisé ultérieurement à une fin non admissible. Pour acheter en exemption de taxes, l'acheteur doit présenter son *direct pay permit* au vendeur. Soulignons que l'État de New York permet l'utilisation du *direct pay permit* par les personnes préalablement autorisées par les autorités fiscales de l'État³⁹.

4.4.2. Matières premières, matériel d'emballage et matériel servant au transport

4.4.2.1. En général

Tel qu'il est mentionné précédemment, la taxe de vente des États américains cherche à imposer le consommateur ultime de biens meubles corporels et certains services taxables. Par conséquent, la vente d'un bien meuble corporel à un fabricant n'est pas assujettie à la taxe de vente, si le

³⁸ Sur le plan pratique, nous avons été mis au fait de cas où les vérificateurs d'un État américain ont donné un délai de grâce de 60 ou 90 jours au vendeur pour obtenir des certificats de revente des clients. Soulignons qu'il est souvent difficile d'obtenir de tels certificats après le fait, puisque la relation commerciale avec le client peut s'être détériorée, ou le client peut avoir fermé ses portes. Il est donc préférable d'obtenir le certificat de revente lors de la transaction de vente.

³⁹ § 1132(c)(2) N.Y. Tax Law; § 532.5 NYCRR 20. L'acheteur doit remplir le Formulaire AU-298, *Application for a Direct Payment Permit*, pour obtenir une autorisation des autorités fiscales de l'État de New York.

bien est une composante du produit fini vendu par ce fabricant. Dans certains États, l'exemption englobe toutes les matières utilisées dans le processus de fabrication et de transformation.

Le traitement fiscal du matériel d'emballage et du matériel servant au transport de marchandises varie d'un État à l'autre. Par exemple, le matériel servant au transport de marchandise est taxable dans plusieurs États américains s'il est retournable (par exemple, les palettes de bois qui sont retournées au vendeur). Par contre, le matériel d'emballage et le matériel servant au transport sont généralement exonérés s'ils sont consommés dans la transaction de vente (par exemple, la boîte qui sert de contenant aux céréales).

Le fabricant doit généralement présenter au vendeur un certificat d'exemption dûment rempli pour acheter ses matières premières, son matériel d'emballage et son matériel servant au transport en exemption de taxes.

4.4.2.2. État de New York

Un fabricant peut acheter ses matières premières en exemption de taxes dans l'État de New York⁴⁰. L'État accorde également une exemption pour le matériel d'emballage et le matériel servant au transport de marchandises vendues dans le cours normal des affaires. Toutefois, l'exemption ne s'applique pas si le titre légal du matériel n'est pas transféré du vendeur à l'acheteur dans le cadre de la vente (par exemple, lorsque des palettes de bois sont retournées au vendeur au terme du transport de la marchandise vendue)⁴¹.

Le fabricant doit fournir au vendeur le Formulaire ST-120, *Resale Certificate*, dûment rempli pour acheter ses matières premières en exemption de taxes. Pour sa part, l'acheteur de matériel d'emballage et de matériel servant au transport de marchandises doit fournir au vendeur le Formulaire ST-121, *Exempt Use Certificate*, ou le Formulaire ST-120, dûment rempli⁴².

⁴⁰ § 1101(b)(4)(i) N.Y. Tax Law.

⁴¹ § 1115(a)(19) N.Y. Tax Law; § 528.20 NYCRR 20.

⁴² § 528.20(e)(1) NYCRR 20.

4.4.3. Machinerie et équipement de fabrication et de transformation

4.4.3.1. En général

Lorsque la machinerie et l'équipement sont installés et attachés en permanence à des biens immeubles, ils sont généralement des biens immeubles. Par conséquent, la vente de tels biens n'est pas assujettie à la taxe de vente.

De plus, la législation fiscale de plusieurs États américains exempte de l'application de la taxe de vente la machinerie et l'équipement utilisés directement dans la fabrication et la transformation. L'expression « fabrication et transformation » désigne généralement une opération pendant laquelle une ou des matières premières sont modifiées, converties ou transformées en un nouveau bien ayant une forme, une utilisation, une fonction et un nom différents.

En règle générale, la législation fiscale des États concernés définit de façon stricte les biens visés par cette exemption. L'acheteur doit, pour justifier son exemption, fournir au vendeur un certificat d'exemption dûment rempli.

En plus d'être utilisés « directement » dans la fabrication et la transformation, la machinerie et l'équipement doivent également être utilisés « principalement », « en quasi-totalité » ou « exclusivement » dans la fabrication et la transformation. La législation fiscale de chaque État concerné doit être examinée pour déterminer le niveau d'usage requis pour justifier l'exemption de taxes.

Le début et la fin du processus de fabrication et de transformation peuvent varier d'un État à l'autre. Plus spécifiquement, il importe d'examiner si les activités suivantes sont incluses dans le processus :

- la réception et l'emmagasiner des matières premières;
- la manutention de la marchandise d'une usine à l'autre au sein de la même entité légale;
- l'emmagasiner et l'expédition des produits finis;
- la recherche et le développement expérimental;

- le contrôle de la qualité;
- les activités de soutien de la production (par exemple, la sécurité, le nettoyage, le chauffage, l'entretien de l'usine, etc.).

4.4.3.2. État de New York

La machinerie et l'équipement utilisés directement et principalement dans la fabrication et la transformation ne sont pas assujettis à la taxe de vente de l'État de New York. Les pièces, les fournitures et les outils consommés dans le processus de fabrication et de transformation sont également exonérés⁴³. Pour justifier son exemption de taxes, le fabricant doit fournir au vendeur le Formulaire ST-121 dûment rempli.

Le processus de fabrication et de transformation commence lors de la réception des matières premières et se termine lorsque les produits finis sont prêts pour la vente. Dans l'État de New York, l'entreposage des produits finis ne fait pas partie du processus de fabrication et de transformation⁴⁴.

L'électricité, le gaz et toutes les autres formes d'énergie utilisées directement et exclusivement dans la fabrication et la transformation ne sont pas assujettis à la taxe de vente de l'État de New York⁴⁵. L'exemption ne s'applique toutefois pas lorsque l'énergie est utilisée pour éclairer ou climatiser l'aire de production⁴⁶. Sur le plan pratique, le fabricant doit d'abord payer la taxe de vente à l'achat, et ensuite réclamer un remboursement. La demande de remboursement doit être supportée par des calculs qui démontrent l'utilisation de l'énergie dans le cadre des activités de fabrication et de transformation⁴⁷.

⁴³ § 1105-B et § 1115(a)(12) N.Y. Tax Law; § 528.13(a) NYCRR 20.

⁴⁴ § 528.13(b) NYCRR 20.

⁴⁵ § 1115(c) N.Y. Tax Law; § 528.22(a)(1) NYCRR 20.

⁴⁶ § 528.22(a)(2) NYCRR 20.

⁴⁷ § 528.22(c)(3) NYCRR 20.

4.5. NATURE DE LA TRANSACTION

4.5.1. Fusion, acquisition, liquidation et incorporation

4.5.1.1. En général

Quelques États américains exemptent de l'application de la taxe de vente toute transaction se qualifiant de réorganisation en vertu de l'article 368 I.R.C. D'autres États traitent séparément les différents types de réorganisations. Ainsi, la taxe de vente ne s'applique généralement pas lors du transfert des éléments d'actif d'une société remplacée à une société fusionnée dans le cadre d'une fusion⁴⁸. La réorganisation de type B (c'est-à-dire l'échange d'actions) n'entraîne ordinairement pas de taxe de vente puisque les actions échangées sont des biens incorporels. En général, l'exemption pour vente occasionnelle s'applique lors du transfert de la totalité ou presque des éléments d'actif de la société ciblée dans le cadre d'une réorganisation de type C. L'acheteur ou le vendeur doit toutefois aviser les autorités fiscales de l'État visé et, dans certains cas, l'acheteur doit effectuer une retenue sur le prix d'achat afin de couvrir tout passif fiscal du vendeur⁴⁹. Finalement, le transfert des éléments d'actif d'une société dans le cadre d'une liquidation n'est généralement pas assujéti à la taxe de vente, car les actions que l'actionnaire donne en échange ne sont généralement pas considérées comme une contrepartie⁵⁰.

Contrairement à l'impôt sur le revenu fédéral, les incidences fiscales en taxe de vente dépendent de la forme de la transaction et non de sa substance.

4.5.1.2. État de New York

Selon les statuts de l'État de New York, les transactions suivantes ne sont pas des « ventes au détail » et, par conséquent, ne sont pas assujetties à la taxe de vente :

⁴⁸ À cet effet, il n'est pas nécessaire que la transaction se qualifie de réorganisation de type A en vertu de l'*Internal Revenue Code* pour donner droit à l'exemption de taxes.

⁴⁹ Sur le plan pratique, il est difficile de concevoir une retenue sur le prix d'achat si la contrepartie comprend uniquement des actions votantes de l'acheteur.

⁵⁰ Soulignons toutefois que cette exemption ne s'applique pas si l'actionnaire reçoit des biens de la société en échange d'une dette de la société envers l'actionnaire.

- le transfert de biens meubles corporels d'une société remplacée à la société issue de la fusion dans le cadre d'une fusion effectuée selon les statuts de l'État de New York ou d'un autre État;
- la distribution des biens meubles corporels d'une société à ses actionnaires sous forme d'un dividende de liquidation;
- la distribution des biens meubles corporels d'une société de personnes à ses associés dans le cadre d'une liquidation partielle ou finale;
- l'apport de biens meubles corporels à une société en échange de ses actions dans le cadre de sa constitution; et
- l'apport de biens meubles corporels à une société de personnes en échange d'une participation dans la société⁵¹.

4.5.2. Vente en bloc d'une entreprise

4.5.2.1. En général

L'acheteur peut être tenu de payer la taxe de vente impayée du vendeur lors de l'achat en bloc des éléments d'actif du vendeur. En effet, plusieurs États américains rendent l'acheteur responsable de la taxe de vente impayée du vendeur, à moins que certaines exigences statutaires soient respectées lors de la vente. Ces exigences statutaires varient d'un État à l'autre.

La législation fiscale de plusieurs États américains exige que les autorités fiscales des États concernés soient avisées du transfert en bloc des éléments d'actif d'une entreprise. De plus, une retenue sur le prix d'achat peut être exigée en attendant la confirmation écrite des autorités fiscales. Après l'obtention de cette confirmation, l'acheteur peut remettre le solde du prix d'achat au vendeur ou, le cas échéant, aux autorités fiscales à titre de taxe de vente impayée par le vendeur.

La répartition du prix d'achat entre les différents éléments d'actif est importante puisque les biens immeubles, les biens incorporels, les biens d'inventaire et, dans certains cas, la machinerie et l'équipement ne sont généralement pas assujettis à la taxe de vente. Les autorités fiscales se fient généralement à la répartition dans le contrat de vente. Toutefois, cette

⁵¹ § 1101(b)(4)(iv) N.Y. Tax Law; § 526.6(d) NYCRR 20.

répartition peut être contestée si elle n'est pas raisonnable dans les circonstances.

4.5.2.2. État de New York

La vente en bloc d'une entreprise rend l'acheteur responsable de la taxe de vente impayée du vendeur, à moins qu'il n'avertisse les autorités fiscales de l'État de New York, par courrier recommandé, au moins 10 jours avant de prendre possession des biens ou d'effectuer un paiement⁵². De leur côté, les autorités fiscales ont 90 jours pour aviser le vendeur et l'acheteur des sommes dues par le vendeur. L'acheteur ne sera pas tenu responsable de la taxe de vente impayée du vendeur si les autorités fiscales de l'État ne répondent pas dans le délai prescrit de 90 jours⁵³.

L'acheteur doit retenir le moins élevé : i) du prix d'achat pour les éléments d'actif faisant l'objet de la transaction (ou, si elle est plus élevée, la juste valeur marchande desdits éléments d'actif); et ii) du passif fiscal du vendeur (c'est-à-dire la taxe de vente impayée, les pénalités et intérêts afférents)⁵⁴.

Finalement, soulignons que l'acheteur doit également payer la taxe de vente à l'égard des biens meubles corporels qu'il achète, à moins qu'il soit en mesure de justifier une exemption de taxes. Pour ce faire, il doit obligatoirement être enregistré aux fins de la taxe de vente de l'État de New York.

4.5.3. Vente occasionnelle

Dans la plupart des États américains, la vente occasionnelle, isolée ou en bloc des éléments d'actif d'une entreprise n'est pas assujettie à la taxe de vente⁵⁵. Cependant, les modalités d'application de l'exemption varient d'un

⁵² L'acheteur doit fournir plusieurs informations prescrites aux autorités fiscales (entre autres, le nom et l'adresse de l'acheteur et du vendeur, le numéro d'enregistrement de l'acheteur et du vendeur, la date de la transaction, le prix de vente et sa répartition entre les différents éléments d'actif de l'entreprise). Ces informations sont consignées sur le Formulaire AU.196.10, *Notification of Sale, Transfer, or Assignment in Bulk*.

⁵³ § 1141(c) N.Y. Tax Law; § 537.0 NYCRR 20.

⁵⁴ § 537.3 NYCRR 20.

⁵⁵ La terminologie généralement utilisée par les États américains est *casual, isolated, or bulk sales exemptions*. Pour sa part, l'État de New York n'a pas d'exemption pour une vente occasionnelle.

État à l'autre. Certains États américains appliquent l'exemption de façon très restrictive (à titre d'exemple, la Californie, la Georgie et le Texas). Il est donc possible que le transfert de la totalité des éléments d'actif d'une entreprise soit exempté de taxes dans certains États, mais que les biens situés dans d'autres États soient assujettis à la taxe de vente. Pour cette raison, il est important d'examiner la législation fiscale de tous les États où des biens sont situés lors du transfert de la totalité ou presque des éléments d'actif d'une entreprise.

5. PRIX DE VENTE AUX FINS DE LA TAXE DE VENTE

5.1. EN GÉNÉRAL

Le prix de vente comprend généralement : i) la valeur de la contrepartie à recevoir; et ii) tous les frais engagés par le vendeur avant le transfert du titre légal des biens, dans la mesure où ils sont facturés séparément à l'acheteur (par exemple, les frais de transport et d'installation, engagés par le vendeur avant le transfert du titre légal des biens, s'ils sont indiqués séparément sur la facture ou le contrat de vente)⁵⁶.

En règle générale, les frais de douanes et les taxes d'accise sont inclus dans le prix de vente. Les frais d'intérêt et la contrepartie pour des services non taxables ne font généralement pas partie du prix de vente s'ils sont indiqués séparément sur la facture. Par contre, si la contrepartie pour des services non taxables est incluse dans le prix de vente global d'un bien meuble corporel, il faut alors s'interroger sur la nature intrinsèque de la transaction (à savoir, la vente d'un bien meuble corporel ou la fourniture d'un service non taxable).

5.2. ESCOMPTE

Le traitement des escomptes peut varier d'un État à l'autre. Les escomptes de caisse réduisent généralement le prix de vente s'ils sont accordés par le vendeur. Le rabais consenti par une tierce partie (par exemple, le fabricant) ne réduit généralement pas le prix de vente.

De la même façon, plusieurs États ne réduisent pas le prix de vente pour les coupons-rabais émis par une tierce partie, alors qu'une déduction est

⁵⁶ Certains États taxent les frais de transport et d'installation, peu importe le moment où ils ont été engagés. Finalement, dans d'autres États, ces frais ne sont pas taxables s'ils sont indiqués séparément sur la facture.

accordée pour les coupons-rabais émis par le détaillant qui vend directement au consommateur.

5.3. ÉCHANGES

Le traitement des échanges varie également d'un État à l'autre. Dans certains États, la taxe de vente s'applique au prix de vente, sans prendre en considération la valeur des biens donnés en échange. Dans d'autres États, la taxe de vente s'applique au prix de vente net, c'est-à-dire après réduction de la valeur établie pour les biens donnés en échange.

5.4. ÉTAT DE NEW YORK

La taxe de vente de l'État de New York s'applique au prix de vente d'un bien meuble corporel et au montant facturé pour des services taxables, peu importe la nature de la contrepartie reçue (c'est-à-dire argent ou toute autre forme de compensation)⁵⁷.

Le prix de vente comprend : i) les frais d'installation d'un bien meuble corporel facturés à l'acheteur⁵⁸; ii) les frais de transport facturés à l'acheteur⁵⁹; et iii) les taxes d'accise imposées au fabricant ou au distributeur⁶⁰.

Les éléments suivants ne réduisent pas le prix de vente : i) l'escompte pour paiement anticipé; et ii) les coupons-rabais émis par une tierce partie (c'est-à-dire une personne autre que le vendeur). Le prix de vente est par contre réduit des éléments suivants :

- les escomptes de caisse et les ristournes;
- tout rabais accordé à la suite d'un retour ou d'une défectuosité;
- toute remise accordée dans le cas d'un échange;

⁵⁷ § 1101(b)(3) N.Y. Tax Law; § 526.5 NYCRR 20.

⁵⁸ § 1105(c)(3) N.Y. Tax Law.

⁵⁹ Les frais de transport facturés par un transporteur public à son client ne sont pas assujettis à la taxe de vente dans l'État de New York. Par contre, les frais de transport engagés par le vendeur et facturés à l'acheteur sont taxables s'ils sont liés à la vente d'un bien meuble corporel (à moins que l'acheteur ait droit à une exemption de taxes).

⁶⁰ § 526.5(b)(1) NYCRR 20.

- les coupons-rabais émis par le vendeur; et
- la valeur d'un bien donné en échange, lorsque le vendeur prend possession du bien échangé en vue de le revendre⁶¹.

Si la taxe de vente est remboursée à l'acheteur, le vendeur peut faire une demande de crédit dans un délai de trois ans de la date où la taxe est initialement devenue exigible⁶².

6. TAUX DE LA TAXE DE VENTE

La taxe de vente se calcule en multipliant le prix de vente (ou le montant facturé pour des services taxables) par le taux applicable à l'endroit où les biens sont livrés (ou les services taxables sont rendus). Le taux de la taxe de vente varie en fonction : i) de l'État; et ii) de la subdivision politique de cet État (par exemple, la ville, le comté et le district scolaire). Par conséquent, il n'est pas possible de répertorier tous les taux de taxe de vente dans le présent texte. Soulignons tout simplement que le taux de base de la taxe de vente dans l'État de New York est de 4,25 % depuis le 1^{er} juin 2003. Le taux combiné (État, ville et *Metropolitan Transit District*) pour des biens meubles corporels livrés dans la ville de New York est de 8,625 % depuis le 4 juin 2003⁶³.

7. TAXE D'UTILISATION

La taxe d'utilisation est une taxe applicable à la possession, l'usage, l'entreposage ou la consommation d'un bien meuble corporel, ou d'un service taxable, dans un État américain. Elle partage la même base de taxation que la taxe de vente. Par conséquent, la taxe d'utilisation ne s'applique pas si la fourniture taxable a déjà été assujettie à la taxe de vente de l'État. L'acheteur doit généralement remettre la taxe d'utilisation directement à l'État.

⁶¹ § 1101(b)(3) et § 1132(e) N.Y. Tax Law; § 526.5 et 534.6 NYCRR 20.

⁶² § 534.6 NYCRR 20. Si le remboursement survient au cours de la période de déclaration initiale, le vendeur peut tout simplement réduire le prix de vente dans sa déclaration initiale de taxes.

⁶³ Le 1^{er} janvier 2004, les taux combinés de taxe de vente aux États-Unis variaient de 4 % (Hawaï) à 11 % (Alabama).

Si la taxe de vente a déjà été payée dans un État américain à l'égard d'un bien meuble corporel, et que ce bien est utilisé par la suite dans un autre État, ce dernier a le droit d'imposer sa taxe d'utilisation. Toutefois, la quasi-totalité des États américains accordent un crédit pour la taxe de vente payée au premier État dans une telle situation⁶⁴.

À titre d'exemple, la taxe d'utilisation peut s'appliquer lorsqu'un vendeur distribue des catalogues à des clients potentiels dans un État américain. En effet, certains États incluent spécifiquement le terme « distribution » dans leur définition « d'utilisation ». Par conséquent, le vendeur est alors traité comme le consommateur ultime des catalogues et est redevable de la taxe d'utilisation de l'État en question.

La taxe d'utilisation peut également s'appliquer lorsqu'un vendeur distribue gratuitement des échantillons de ses produits dans un État américain. Une fois de plus, le vendeur est traité comme le consommateur ultime des produits distribués gratuitement. La taxe d'utilisation peut, selon l'État, s'appliquer au coût des matières premières incluses dans l'échantillon ou, dans d'autres États, au coût total (incluant le coût de la main-d'œuvre et des frais généraux de fabrication et de transformation).

Le taux de la taxe d'utilisation peut être inférieur au taux de la taxe de vente puisque certains comtés, villes et districts scolaires prélèvent une taxe de vente, mais n'ont pas de taxe d'utilisation.

Depuis le 1^{er} janvier 2003, la déclaration de revenus des particuliers de l'État de New York inclut une ligne spécifique, afin que chaque contribuable acquitte sa taxe d'utilisation à l'égard de fournitures taxables achetées en exemption de taxes au cours de l'année⁶⁵!

⁶⁴ Le crédit est égal au moins élevé de : i) la taxe de vente payée dans le premier État; et ii) la taxe d'utilisation autrement exigible. L'État de New York accorde un crédit pour la taxe de vente payée à un autre État si ce dernier accorde un crédit réciproque (§ 1118(7) N.Y. Tax Law).

⁶⁵ *New York Technical Service Bureau Memorandum* No. TSB-M-03(3)S, 18 juillet 2003.

8. CAS PARTICULIERS

8.1. IMPRIMEURS

8.1.1. En général

La plupart des États américains traitent l'imprimeur qui utilise son matériel pour effectuer son travail comme un fabricant. Par conséquent, l'imprimeur peut généralement acheter ses matières premières, sa machinerie et son équipement en exemption de taxes. La vente de ses produits finis est toutefois assujettie à la taxe de vente, à moins que l'acheteur puisse justifier une exemption de taxes.

Plusieurs États américains considèrent le travail de l'imprimeur comme un service non taxable lorsque l'imprimeur utilise le matériel fourni par son client. Par conséquent, l'imprimeur n'a pas besoin de prélever et de remettre la taxe de vente. Cependant, si une partie importante de ses activités consistait en ce type de travail, il est probable qu'il ne serait plus en mesure d'acheter sa machinerie et son équipement en exemption de taxes. En effet, la plupart des États américains exigent que la machinerie et l'équipement soient utilisés « principalement », « en quasi-totalité » ou « exclusivement » dans une activité de fabrication ou de transformation pour donner droit à une exemption de taxes.

Plusieurs entreprises ont un service interne d'impression pour leurs publications internes et leur matériel promotionnel. Dans les États américains qui accordent une exemption de taxes à l'égard de la machinerie et de l'équipement, l'équipement servant à l'impression est généralement exonéré. Toutefois, tel qu'il est mentionné précédemment, certains États ont une exigence supplémentaire selon laquelle le produit fini doit être vendu. Dans ces derniers États, l'entreprise ayant un service interne d'impression ne serait pas en mesure d'acheter son équipement d'impression en exemption de taxes.

8.1.2. État de New York

Le service offert par l'imprimeur est assujetti à la taxe de vente de l'État de New York lorsque le client fournit le matériel qu'il n'a pas acheté à des fins de revente. Ce service est également taxable s'il fait partie de la vente d'un bien meuble corporel⁶⁶.

⁶⁶ § 1105(c)(2), § 1105(a) et 1110(a) N.Y. Tax Law; § 527.4(e) NYCRR 20.

8.2. ENTREPRENEURS EN CONSTRUCTION

8.2.1. En général

Le traitement des matériaux de construction dépend de leur utilisation par l'acheteur. Si les matériaux sont achetés dans le but de faire un ajout, réparer ou rénover un bien immeuble, ils sont taxables dans la plupart des États américains⁶⁷.

Les matériaux de construction sont généralement traités comme des matières premières et ne sont donc pas assujettis à la taxe de vente lorsqu'un entrepreneur en construction les utilise pour construire, adapter ou réparer un bien meuble corporel qu'il revend. L'entrepreneur doit cependant prélever la taxe de vente lors de la vente finale.

Les matériaux de construction sont généralement assujettis à la taxe de vente lorsque l'acheteur les achète pour construire, adapter ou réparer un bien meuble corporel qu'il possède déjà.

Les entrepreneurs en construction devraient toujours prendre en considération la taxe de vente lors de la préparation d'une soumission. En effet, tel qu'il a été décrit précédemment, l'entrepreneur peut être considéré comme le consommateur ultime des matériaux de construction. Par conséquent, la taxe de vente peut faire partie de ses coûts⁶⁸.

8.2.2. État de New York

Rappelons d'abord que la taxe de vente s'applique à la vente et à l'installation d'un bien meuble corporel qui conserve sa nature après l'installation. Toutefois, la taxe de vente ne s'applique pas à la vente d'un bien immeuble (y compris toute amélioration ou tout ajout à un bien immeuble existant).

Un entrepreneur en construction doit payer la taxe de vente lors de l'achat de ses matériaux de construction dans l'État de New York. La taxe de vente s'applique même si les matériaux sont achetés à des fins de revente, ou

⁶⁷ Il s'agit de la dernière transaction de vente avant que les biens meubles corporels perdent leur identité propre et soient intégrés à un bien immeuble.

⁶⁸ En effet, contrairement à la TPS et à la TVQ, la taxe de vente des États américains n'est pas remboursable.

incorporés par l'entrepreneur à un bien immeuble⁶⁹. Par contre, l'entrepreneur qui ne réside pas dans l'État de New York peut acheter ses équipements et ses véhicules à l'extérieur de l'État de New York et les utiliser dans l'État sans y être assujéti à la taxe d'utilisation⁷⁰.

La vente de matériaux de construction à un entrepreneur en construction n'est pas assujéti à la taxe de vente si les matériaux sont utilisés dans la construction, la rénovation, la réparation ou l'entretien d'un bien immeuble détenu par une entité exonérée de taxes de vente (par exemple, le gouvernement fédéral, l'État de New York et plusieurs organismes à but non lucratif). Le même résultat peut être atteint si l'entrepreneur en construction achète les matériaux de construction à titre de mandataire pour certaines entités exonérées de la taxe de vente. L'entrepreneur en construction doit fournir au vendeur le Formulaire ST-120.1, *Contractor's Exempt Purchase Certificate*, dûment rempli pour acheter les matériaux de construction en exemption de taxes. Il doit obtenir de l'entité exonérée de taxes de vente un contrat ou un bon de commande identifiant l'organisme gouvernemental, ou le Formulaire ST-119 dans le cas de certains organismes exonérés d'impôt⁷¹.

L'entrepreneur en construction doit facturer la taxe de vente lorsqu'il entretient ou répare des biens (meubles corporels ou immeubles). Toutefois, il n'a pas à facturer la taxe de vente s'il effectue une amélioration ou un ajout à un bien immeuble⁷². L'amélioration ou l'ajout doit : i) augmenter la valeur du bien immeuble ou prolonger sa vie utile de façon importante; et ii) devenir une partie intégrante ou permanente du bien immeuble. L'entrepreneur doit obtenir de son client le Formulaire ST-124, *Certificate of Capital Improvement*, dûment rempli⁷³.

L'entrepreneur en construction peut obtenir un remboursement de la taxe de vente payée à l'achat de matériaux de construction si les biens :

- sont ultérieurement vendus dans le cadre d'une vente au détail; ou

⁶⁹ § 1101(b)(4) et 1105(c)(3) N.Y. Tax Law; § 541.1(b) NYCRR 20.

⁷⁰ § 541.9(b)(3)(iii) et (iv) NYCRR 20.

⁷¹ § 1115(a)(15), 1115(a)(16) et § 1116(a) N.Y. Tax Law; § 541.1(e), 541.3(c) et 541.3(d) NYCRR 20.

⁷² L'expression *capital improvement* est utilisée dans les statuts de l'État de New York.

⁷³ § 1105(c)(3) et 1115(a)(17) N.Y. Tax Law; § 541.5(b) et § 541.2(g)(1) NYCRR 20.

- sont transférés à son client dans le cadre d'un contrat d'entretien ou de réparation d'un bien (meuble corporel ou immeuble)⁷⁴.

8.3. DROP SHIPMENT

8.3.1. En général

Le *drop shipment* comprend au moins deux transactions de vente et trois intervenants. Par exemple, il y a *drop shipment* lorsqu'un fabricant canadien vend ses produits à un distributeur situé dans l'État de New York, et que les produits sont livrés directement au client du distributeur dans l'État de la Pennsylvanie. Le traitement de ce type de transaction aux fins de la taxe de vente varie d'un État à l'autre. Les intervenants doivent se poser les questions suivantes afin de déterminer leurs obligations fiscales :

- est-ce que le distributeur est enregistré dans un des États impliqués dans la transaction (New York et Pennsylvanie)?
- est-ce que le fabricant est enregistré dans un des États impliqués dans la transaction?
- est-ce que le distributeur est un vendeur requis de percevoir la taxe de vente ou d'utilisation dans un des États?
- est-ce que l'exemption pour « achat à des fins de revente » s'applique à la transaction entre le fabricant et le distributeur?

Dans la plupart des États américains, la transaction entre le fabricant et le distributeur est exempte de taxes si le distributeur est en mesure de fournir un certificat de revente au fabricant. Certains États acceptent le certificat de revente d'un État autre que celui où le bien est livré. D'autres États exigent que le distributeur émette un certificat de revente de l'État où le bien est livré. Dans ce dernier cas, le distributeur sera assujéti à la taxe de vente s'il n'est pas enregistré dans l'État de livraison.

Certains États lorgnent vers le fabricant pour percevoir leur taxe de vente lorsque le distributeur n'a pas de présence imposable, et qu'il ne s'est pas enregistré volontairement, dans l'État où les biens sont livrés. Tout comme le distributeur, le fabricant n'a pas à percevoir la taxe de vente s'il

⁷⁴ § 1119(c) N.Y. Tax Law.

n'a pas de présence imposable dans l'État où les biens sont livrés. S'il a une présence imposable, il doit alors déterminer : i) le montant qui sert de base au calcul de la taxe de vente (c'est-à-dire le prix de vente au distributeur ou le prix de vente au consommateur ultime du bien); et ii) l'identité du payeur (c'est-à-dire le distributeur ou le consommateur ultime du bien).

8.3.2. État de New York

Dans une interprétation technique⁷⁵, les autorités fiscales de l'État de New York ont exigé qu'un fabricant de l'extérieur de l'État perçoive la taxe de vente auprès d'un acheteur (également de l'extérieur de l'État) à l'égard de biens livrés à un client de l'acheteur situé dans l'État de New York. Le fabricant n'aurait toutefois pas cette obligation s'il obtenait un certificat de revente, ou un document semblable, de l'acheteur.

La taxe de vente se calcule, toujours selon l'interprétation technique susmentionnée, en fonction du prix de vente du fabricant à l'acheteur, et du taux de taxe de vente à l'endroit où les biens sont livrés.

La documentation requise pour justifier une exemption de taxes dans le cas de *drop shipment* est traitée dans une autre interprétation technique⁷⁶. Si l'acheteur est enregistré dans l'État de New York, il doit présenter au vendeur le Formulaire ST-120 dûment rempli. S'il est enregistré dans un autre État, une province canadienne ou un autre pays, il doit quand même utiliser le Formulaire ST-120 en y indiquant son numéro de taxe de vente à l'endroit où il est enregistré. L'acheteur peut également indiquer sur le Formulaire ST-120 qu'il est établi dans une juridiction qui ne requiert pas un enregistrement aux fins de la taxe de vente.

9. ASPECTS ADMINISTRATIFS

9.1. EN GÉNÉRAL

Il est important de bien identifier chacune des parties impliquées dans une transaction, puisque la loi impose des obligations distinctes à chacun des intervenants. En règle générale, la responsabilité du vendeur est de prélever la taxe et celle de l'acheteur est de la payer.

⁷⁵ *New York Advisory Opinion* No. TSB-A-92(3)S, 30 janvier 1992.

⁷⁶ *New York Technical Service Bureau Memorandum* No. TSB-M-98(3)S, 5 juin 1998.

9.2. INSCRIPTION

9.2.1. En général

Les vendeurs doivent s'enregistrer avant de prélever la taxe de vente. L'enregistrement permet d'obtenir un permis, sans quoi le vendeur n'est pas autorisé à prélever la taxe de vente⁷⁷. L'acheteur doit également être enregistré s'il veut acheter des biens meubles corporels ou des services taxables en exemption de taxes (en d'autres mots, pour être en mesure d'émettre un certificat d'exemption).

Plusieurs États américains exigent qu'un vendeur s'enregistre aux fins de la taxe de vente s'il a une présence imposable dans l'État, et ce, même si toutes ses ventes sont effectuées en exemption de taxes. Une fois enregistré, le vendeur doit produire des déclarations de taxes de manière prescrite.

9.2.2. État de New York

L'État de New York fait généralement partie des États où l'enregistrement est obligatoire⁷⁸. Par conséquent, le vendeur doit généralement remplir le Formulaire DTF-17, *Application for Registration as a Sales Tax Vendor*, et le faire parvenir aux autorités fiscales de l'État de New York au moins 20 jours (mais pas plus de 90 jours) avant d'établir une présence imposable dans l'État⁷⁹.

Il existe, entre autres, deux exceptions importantes à l'obligation de s'inscrire décrite au paragraphe précédent :

- Le vendeur qui n'a pas de présence imposable dans l'État de New York, autrement que par l'utilisation de *fulfillment services* offerts par une tierce partie, n'a pas à s'inscrire et à prélever la taxe de vente de l'État de New York. L'expression « *fulfillment services* » désigne : i) accepter des commandes; ii) répondre aux demandes des clients; iii) facturer et

⁷⁷ L'État du Missouri a imposé une pénalité de 10 000 \$ à une entité qui continuait d'être en activité après que son permis de taxe de vente ait été suspendu.

⁷⁸ § 1134(a)(1) N.Y. Tax Law.

⁷⁹ Le formulaire doit être envoyé à l'adresse suivante : NYS Tax Department, Sales Tax Registration Unit, W.A. Harriman Campus, Albany NY 12227.

percevoir les comptes clients; et iv) expédier la marchandise à partir d'un inventaire détenu dans l'entrepôt du fournisseur de *fulfillment services*⁸⁰.

- Le vendeur qui a une présence imposable dans l'État de New York, mais qui n'y a pas d'établissement fixe, est généralement tenu de s'inscrire aux fins de la taxe de vente uniquement lorsque le nombre cumulatif et la valeur cumulative des ventes dans l'État ont excédé respectivement 100 et 300 000 \$ au cours de quatre trimestres consécutifs. Le cas échéant, le vendeur a 30 jours, à compter du premier jour du trimestre suivant, pour s'inscrire⁸¹.

9.3. PRÉLEVER ET REMETTRE LA TAXE DE VENTE ET D'UTILISATION

Tout vendeur ayant établi une présence imposable (*nexus*) dans un État américain a généralement l'obligation de prélever la taxe de vente de l'État et de la remettre aux autorités fiscales. Le vendeur peut également être tenu responsable de payer la taxe de vente, s'il ne la prélève pas auprès de l'acheteur, ou si l'acheteur refuse de la payer.

La taxe d'utilisation est généralement la responsabilité de la personne qui utilise ou consomme un bien meuble corporel ou un service taxable dans un État qui prélève une telle taxe. Il est bon de souligner que la négligence du vendeur de prélever et de remettre la taxe de vente n'enlève pas la responsabilité de l'acheteur de remettre la taxe d'utilisation en temps opportun aux autorités fiscales concernées.

9.4. DÉCLARATIONS ET REMISE DES TAXES AUX AUTORITÉS FISCALES

9.4.1. En général

La plupart des États américains exigent la préparation de déclarations et la remise des taxes perçues sur une base mensuelle, à moins que l'expérience récente de l'inscrit (souvent déterminée en fonction du chiffre d'affaires ou des remises de taxes d'une ou des deux années précédentes) démontre qu'il peut les produire sur une base trimestrielle. Dans tous les cas où la période de déclaration n'est pas mensuelle, l'inscrit a généralement l'obligation d'aviser les autorités fiscales de tout changement important à ses activités

⁸⁰ § 1101(b)(8)(v) et § 1101(b)(18) N.Y. Tax Law.

⁸¹ § 1134(a)(1)(vi) N.Y. Tax Law; § 539.2(d) NYCRR 20.

commerciales qui pourrait faire en sorte que les remises de taxes augmenteraient de façon importante au cours de l'exercice courant.

Plusieurs États américains exigent que la remise des taxes s'effectue sur la base d'un transfert électronique des fonds plutôt que par l'émission d'un chèque. De plus, dans certains États, le délai de paiement peut être plus court que le délai de production de la déclaration (par exemple, le délai de production peut être trimestriel, mais le délai de paiement mensuel).

La production d'une déclaration enclenche généralement une période de prescription de trois ans. Une fois le délai de prescription atteint, l'inscrit ne peut plus présenter de demandes de remboursement aux autorités fiscales visées et ces dernières ne peuvent plus émettre de nouvelles cotisations pour la période en cause. Lorsqu'un vendeur fait affaire dans un État américain sans y être inscrit, les autorités fiscales de l'État peuvent retourner en arrière jusqu'au premier jour où le vendeur a établi une présence imposable (*nexus*) dans l'État, puisque le vendeur n'a jamais produit de déclarations de taxes.

9.4.2. État de New York

Les vendeurs dont les ventes taxables au cours d'un des quatre trimestres précédents étaient de 300 000 \$ ou plus doivent remplir le Formulaire ST-809, *New York State and Local Sales and Use Tax Return for Part-Quarterly Filers*, pour les deux premiers mois du trimestre et le Formulaire ST-810, *New York State and Local Quarterly Sales and Use Tax Return for Part-Quarterly Filers*, pour le dernier mois du trimestre. Les autres vendeurs doivent généralement remplir le Formulaire ST-100, *New York State and Local Quarterly Sales and Use Tax Return*, à tous les trimestres. Finalement, les vendeurs qui s'inscrivent uniquement pour être en mesure d'émettre un certificat de revente, et qui n'ont pas de taxes à percevoir peuvent remplir le Formulaire ST-101, *New York State and Local Annual Sales and Use Tax Return*, sur une base annuelle⁸².

L'État de New York administre la taxe de vente des villes, comtés et districts scolaires. Par conséquent, les règles administratives décrites précédemment s'appliquent également aux taxes de vente des villes, comtés et districts scolaires. Cependant, il est bon de souligner que le vendeur n'a pas à remplir de déclarations distinctes pour les villes, comtés et districts

⁸² § 1136(a) N.Y. Tax Law; § 533.3 NYCRR 20. Dans l'État de New York, les trimestres commencent en mars, juin, septembre et décembre.

scolaires. Toutes les informations pertinentes apparaissent sur la déclaration de l'État de New York.

La déclaration annuelle pour toute période se terminant le dernier jour du mois de février est due le 20^e jour du mois de mars suivant. Les déclarations mensuelles et le paiement des taxes sont dus le 20^e jour suivant la fin du mois. Finalement, les déclarations trimestrielles et le paiement des taxes sont dus le 20^e jour des mois de mars, juin, septembre et décembre⁸³.

9.5. REMBOURSEMENTS DE TAXES

La taxe de vente est généralement due lors du transfert du titre légal ou de la possession d'un bien meuble corporel. Par conséquent, à l'exception de certaines ventes à tempérament et des contrats de location, le vendeur doit remettre la taxe de vente sur le plein montant du prix de vente, même si une partie ou la totalité du prix de vente est toujours impayé par l'acheteur.

Le vendeur qui remet la taxe de vente, mais qui réalise ultérieurement une perte pour mauvaise créance peut réclamer un remboursement de la taxe de vente à l'égard de sa mauvaise créance. Le remboursement peut généralement être demandé au cours de la période où la créance est devenue mauvaise aux fins de l'impôt sur le revenu fédéral.

Dans le cas de la reprise de possession ou du retour d'un bien meuble corporel, le vendeur doit généralement rembourser la taxe de vente déjà perçue auprès de l'acheteur, et demander un remboursement si la taxe de vente a déjà été versée à l'État.

Le vendeur peut également réclamer un remboursement de la taxe de vente versée à l'égard d'une vente si l'acheteur présente ultérieurement (et au cours de la période prescrite) un certificat d'exemption dûment rempli.

La procédure pour réclamer un remboursement de taxes varie d'un État à l'autre. Certains États exigent la préparation d'une déclaration amendée pour la période où la taxe a initialement été remise. D'autres États permettent de réclamer un crédit sur la déclaration de la période courante. Finalement,

⁸³ § 1136(b) N.Y. Tax Law; § 533.3 NYCRR 20.

certaines États exigent la préparation d'un formulaire prescrit pour réclamer le remboursement de la taxe de vente⁸⁴.

9.6. OBLIGATIONS DU VENDEUR ET DE SES DIRIGEANTS

Dans les États qui imposent une taxe de vente et une taxe d'utilisation, les autorités fiscales ont généralement la possibilité de poursuivre le vendeur et l'acheteur pour le non-paiement des taxes.

Lorsqu'une société ne prélève pas la taxe et/ou ne la remet pas, ses dirigeants, ses administrateurs, ses actionnaires, et même ses employés, peuvent être tenus responsables de payer les sommes dues. En effet, il y a peu d'États qui limitent la responsabilité de payer la taxe de vente aux seuls administrateurs de la société. Au contraire, dans la plupart des États, les administrateurs partagent cette responsabilité avec tout individu responsable de produire les déclarations et/ou de remettre la taxe de vente. Généralement, la responsabilité d'un individu pour des taxes impayées dépend de ses tâches, de son statut et de l'autorité qu'il exerce au sein de la société.

9.7. PÉNALITÉS ET INTÉRÊTS

9.7.1. En général

Les États américains imposent des pénalités pour les déclarations et les remises de taxes en retard. La plupart des États prélèvent des pénalités pouvant s'élever jusqu'à 25 % des sommes dues (par exemple, 5 % par mois jusqu'à concurrence de 25 %). Des pénalités plus sévères s'appliquent en cas de fraude.

Les pénalités peuvent être réduites lors d'une première vérification. Elles peuvent également être réduites lorsque le vendeur a une raison valable (par exemple, le décès d'un employé-clé ou la perte des registres comptables à la suite d'un incendie) pour justifier sa non-conformité. Toutefois, les pénalités ne sont généralement pas réduites lorsque le vendeur a prélevé les taxes, mais ne les a pas remises aux autorités fiscales.

Le taux d'intérêt applicable aux sommes dues varie d'un État à l'autre. Certains États basent leur taux d'intérêt sur celui de l'Internal Revenue

⁸⁴ Dans l'État de New York, le Formulaire AU-11, *Application for Credit or Refund of Sales or Use Tax*, doit généralement être complété pour réclamer un remboursement de taxes.

Service. Le taux d'intérêt d'autres États varie en fonction du taux préférentiel. Finalement, dans certains États américains, un taux statutaire est établi. Ce taux est souvent de 12 % par année.

Soulignons en terminant que les pénalités fiscales ne sont pas déductibles aux fins de l'impôt sur le revenu américain. Par contre, les intérêts sont généralement déductibles. Donc, il est préférable de négocier à la baisse les pénalités plutôt que les intérêts.

9.7.2. État de New York

Une personne qui ne produit pas une déclaration de taxes, ou ne remet pas la taxe de vente dans les délais prescrits, est généralement passible d'une pénalité égale à 10 % des taxes non remises si le retard est inférieur à un mois, plus une pénalité de 1 % pour chaque mois additionnel, jusqu'à concurrence de 30 %. Nonobstant ce qui précède, la pénalité pour défaut de produire une déclaration de taxes par une personne qui est tenue de s'enregistrer ne peut pas être inférieure à 50 \$⁸⁵.

Les individus responsables de la production des déclarations et des remises de taxes au sein d'une entreprise sont passibles d'une pénalité égale au montant des taxes, des pénalités et des intérêts non acquittés par l'entreprise⁸⁶. Les autorités fiscales de l'État de New York peuvent également tenir responsable toute personne qui a effectué de la sollicitation pour le compte d'un vendeur⁸⁷.

Toute personne qui n'est pas enregistrée dans l'État de New York, mais qui devrait l'être, est passible d'une pénalité de 500 \$ pour la première journée, plus 200 \$ pour chaque journée additionnelle jusqu'à concurrence de 10 000 \$⁸⁸.

Toute personne qui émet un certificat d'exemption illégalement (par exemple, parce qu'elle n'est pas enregistrée aux fins de la taxe de vente) est

⁸⁵ § 1145(a)(1)(i) N.Y. Tax Law.

⁸⁶ § 1145(e) N.Y. Tax Law.

⁸⁷ § 1101(b)(8)(ii)(A) N.Y. Tax Law.

⁸⁸ § 1145(a)(3)(i) N.Y. Tax Law.

passible d'une pénalité égale au montant de la taxe de vente non payée à l'achat, plus 50 \$ par certificat faussement émis⁸⁹.

Depuis le 1^{er} avril 2003, le taux d'intérêt applicable à la taxe de vente impayée est généralement de 14 %⁹⁰.

CONCLUSION

Nous avons abordé dans le présent texte les éléments fondamentaux de la taxe de vente américaine, que nous avons ensuite appliqués à la situation spécifique de l'État de New York. Le lecteur devrait retenir les éléments suivants :

- La taxe de vente des États américains est généralement la première incidence fiscale d'une société canadienne qui fait affaire aux États-Unis.
- Un État américain ne peut pas obliger une société canadienne à percevoir sa taxe de vente, si cette dernière n'y a pas une présence imposable ou *nexus*.
- La vente de biens meubles corporels est généralement assujettie à la taxe de vente, à moins que l'acheteur soit en mesure de justifier une exemption spécifique. Il incombe au vendeur de maintenir la documentation adéquate pour justifier l'exemption de taxes de l'acheteur.
- Les services ne sont habituellement pas assujettis à la taxe de vente, à moins d'être spécifiquement énumérés dans la législation fiscale d'un État américain.
- Il existe trois types d'exemptions de taxes applicables : i) à l'identité de l'acheteur; ii) à la nature du produit ou à son utilisation; et iii) au type de transaction.
- La taxe de vente se calcule en multipliant le prix de vente d'une fourniture taxable par le taux de la taxe applicable à l'endroit où le bien est livré. Ce taux peut varier en fonction de la ville, du comté et du district scolaire.

⁸⁹ § 1145(a)(5) N.Y. Tax Law.

⁹⁰ Effectivement, le taux applicable est le plus élevé d'un taux établi au niveau fédéral et de 14 %. Dans les faits, le plus élevé des deux taux a toujours été de 14 %.

- La taxe d'utilisation est complémentaire à la taxe de vente d'un État.
- Le vendeur qui a une présence imposable dans un État américain a généralement l'obligation de : i) s'inscrire; ii) percevoir la taxe de vente; iii) faire des déclarations de taxes; et iv) remettre la taxe de vente aux autorités fiscales.
- Les pénalités pour non-production des déclarations de taxes et/ou non-paiement de la taxe de vente sont sévères. De plus, les dirigeants et les employés d'une société peuvent être tenus responsables personnellement des sommes exigibles (taxe de vente, pénalités et intérêts).

En terminant, soulignons que le commerce électronique pose un défi énorme aux États américains, plus particulièrement en ce qui a trait à l'application de la taxe de vente.

EXPATRIATION D'EMPLOYÉS ET DE DIRIGEANTS AUX ÉTATS-UNIS



Gaétan Bélanger
CGA, D. Fisc., Pl. Fin.
PricewaterhouseCoopers s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	12:5
1. RÉSIDENCE FISCALE	12:5
1.1. RÉSIDENCE FISCALE CANADIENNE	12:5
1.2. RÉSIDENCE FISCALE AMÉRICAINE	12:7
1.2.1. Établissement d'une résidence fiscale – Loi nationale américaine	12:7
1.2.2. <i>Lawful Permanent Residency Test</i>	12:8
1.2.3. <i>Substantial Presence Test</i>	12:8
1.2.4. Les <i>snowbirds</i>	12:8
1.2.5. Choix possibles	12:9
1.2.6. <i>First Year's Election</i>	12:9
1.2.7. Choix d'être résident toute l'année	12:10

1.3.	RÉSIDENCE SELON LA <i>CONVENTION FISCALE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS</i>	12:10
2.	PRINCIPALES PARTICULARITÉS DU RÉGIME D'IMPOSITION AMÉRICAIN	12:12
2.1.	TAUX D'IMPOSITION	12:12
2.1.1.	Fédéral	12:12
2.1.2.	État	12:14
2.2.	PARTICULARITÉS DU GAIN EN CAPITAL	12:14
2.3.	EXEMPTIONS PERSONNELLES	12:15
2.4.	DÉDUCTIONS	12:16
2.4.1.	Cotisations à un régime de retraite	12:16
2.5.	CRÉDIT POUR IMPÔTS ÉTRANGERS	12:17
2.6.	IMPÔT MINIMUM DE REMPLACEMENT	12:18
2.7.	DATES DE PRODUCTION DES DÉCLARATIONS AMÉRICAINES	12:19
2.8.	ACOMPTES PROVISIONNELS	12:19
3.	PARTICULARITÉS RELATIVES À L'EXPATRIATION VERS LES ÉTATS-UNIS	12:20
3.1.	SÉCURITÉ SOCIALE ET ASSURANCE EMPLOI	12:20
3.2.	RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE ET RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-ÉTUDES	12:21
3.2.1.	REÉR	12:21
3.2.2.	Imposition au Canada	12:21
3.2.3.	Imposition aux États-Unis	12:22
3.3.	RÉGIME DE PENSION	12:23
3.4.	DISPOSITION RÉPUTÉE DES BIENS À L'ÉMIGRATION	12:23
3.4.1.	Gain au moment de la cessation de la résidence canadienne	12:23
3.4.2.	Coordination entre l'impôt de départ et les règles fiscales américaines	12:24
3.4.3.	Garantie pour l'impôt de départ	12:25
3.4.4.	Déclaration de renseignements	12:25
3.5.	GRATIFICATION	12:25
3.6.	PRIME À LA SIGNATURE	12:25
3.7.	RÉMUNÉRATION PAR L'EMPLOYEUR	12:26
3.8.	REVENUS LOCATIFS	12:26
3.8.1.	Imposition au Canada	12:26
3.8.2.	Imposition aux États-Unis	12:26
3.8.3.	Disposition réelle d'un bien déjà assujéti à la disposition réputée	12:26
3.9.	VENTE D'UNE RÉSIDENCE PRINCIPALE	12:27
3.9.1.	Imposition au Canada	12:27

3.9.2.	Exemption pour résidence principale aux États-Unis.....	12:27
3.9.3.	Gain de change sur le remboursement de l'hypothèque.....	12:28
3.9.4.	Régime d'accession à la propriété	12:28
4.	PARTICULARITÉS RELATIVES AU RETOUR AU CANADA	12:29
4.1.	PRIME À LA SIGNATURE POUR LE RETOUR AU CANADA.....	12:29
4.2.	COTISATIONS AU RÉGIME DE PENSION 401(K).....	12:29
4.3.	REPORT DE L'IMPÔT SUR LE GAIN ACCUMULÉ AU DÉPART (RETOUR AU CANADA)	12:31
CONCLUSION		12:31

INTRODUCTION

Cette présentation analyse les aspects entourant le transfert d'employés et de dirigeants aux États-Unis, notamment la détermination du statut de résidence selon les législations intérieures respectives et la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*¹, les implications fiscales associées à divers régimes enregistrés (régime de pension agréé (ci-après « RPA »), régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »), régime d'accèsion à la propriété (ci-après « RAP »), régime enregistré d'épargne-études (ci-après « REÉÉ »)) et l'application de la *Convention* relative aux charges sociales entre le Québec et les États-Unis. De plus, nous abordons les problèmes pouvant survenir et les solutions appropriées lorsqu'un particulier quitte le Canada pour travailler aux États-Unis.

1. RÉSIDENCE FISCALE

1.1. RÉSIDENCE FISCALE CANADIENNE

Le concept de résidence fiscale est une question de fait. Un expatrié peut devenir non-résident du Canada au point de vue fiscal selon deux concepts : non-résident de fait du Canada ou non-résident réputé du Canada.

Il est important de noter que l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a publié un nouveau *Bulletin d'interprétation*² en date du 21 décembre 2001 relativement à la détermination du statut de résident d'un particulier. Une nouvelle version de ce Bulletin a été publiée le 21 août 2002 ainsi que le 4 octobre 2002 avec certaines modifications mineures. Le Bulletin a été modifié pour clarifier la position de l'ARC selon laquelle aucune durée particulière de séjour à l'étranger n'aura nécessairement pour effet que le particulier devienne non-résident (auparavant, une absence de deux ans ou plus était suffisante pour ce faire). Également, ce Bulletin a été révisé dans le but de tenir compte des nouvelles règles sur les personnes réputées non résidentes au paragraphe 250(5) de la *Loi de l'impôt sur le*

¹ S.C. 1984, c. 20 et mod. (ci-après « *Convention* »). *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée le 26 septembre 1980; L.C. (1984), c. 20, sanctionnée le 28 juin 1984; Protocole de 1995, L.C. (1995), c. 34, sanctionné le 8 novembre 1995; Protocole de 1997, L.C. (1997), c. 38, partie 7, sanctionné le 10 décembre 1997.

² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-221R3 (consolidé), « Détermination du statut de résident d'un particulier », 21 décembre 2001.

*revenu*³ et pour préciser comment les critères énoncés dans ce Bulletin s'appliquent pour déterminer la province de résidence.

Malgré ces récents changements, ce nouveau Bulletin modifie peu la position administrative de l'ARC, mais sa structure reflète mieux l'importance des liens de résidence maintenus avec le Canada, à savoir les liens de résidence importants et les liens secondaires. Dans le premier groupe, on retrouve :

- le maintien d'un logement par le particulier;
- un conjoint au Canada et des personnes à sa charge au Canada.

Les liens de résidence secondaires, quant à eux, comprennent les liens sociaux, les liens d'ordre économique, etc. Par ailleurs, une modification notable apportée est celle portant sur la location de la résidence principale à un tiers avec qui il n'a aucun lien de dépendance et à des conditions de pleine concurrence : la relation entre l'expatrié et le locataire sera analysée, de même que les conditions du marché immobilier au moment où le particulier quitte le Canada et le but de son séjour à l'étranger. L'ARC déterminera alors si le logement demeure un lien important de résidence avec le Canada.

D'autre part, si un particulier conserve quelques liens secondaires, notamment un compte de banque, une carte de crédit ou un REÉR, en plus de la location de la résidence principale, il se peut qu'il soit considéré comme résident de fait du Canada, et ce, même s'il n'a aucun lien important de résidence avec le Canada. Pour ce faire, l'ARC évaluera l'importance de ces liens en fonction des facteurs suivants :

- la preuve de l'intention de rompre définitivement les liens de résidence avec le Canada;
- la régularité et la durée des visites au Canada;
- les liens de résidence à l'extérieur du Canada.

Pour être considéré comme **non-résident de fait du Canada**, les liens ci-dessus avec le Canada doivent être réduits au minimum. Si c'est le cas,

³ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

l'employé sera considéré comme non-résident du Canada au moment où il quittera le Canada.

Le Formulaire NR73, « Détermination du statut de résidence (départ du Canada) », peut être rempli à la discrétion de l'employé pour obtenir l'opinion de l'ARC quant à son statut de résidence. L'opinion ainsi transmise par l'ARC ne la lie aucunement pour le futur et peut être revue à tout moment, d'où le peu d'intérêt d'entreprendre cette démarche, à moins qu'elle ne soit exigée par l'ARC ou que les faits démontrent sans équivoque le changement de statut de résidence fiscale.

Pour devenir non-résident réputé du Canada, l'employé doit être considéré comme résident du Canada selon les faits, car les liens importants y étant maintenus tout en étant aussi considéré comme résident des États-Unis en vertu de la loi fiscale intérieure américaine. Dans ce cas, le problème de double résidence pourra être résolu à l'aide de la *Convention*. S'il s'avère qu'il est considéré comme résident des États-Unis en vertu de la *Convention*, il sera réputé non-résident en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il est important de mentionner que la loi de l'impôt du Québec ne s'harmonise pas avec la règle fédérale⁴, ce qui crée des incohérences : il y a risque de double imposition sur certains revenus tels que les revenus de placement et les revenus de location. Aussi, les règles sur la disposition réputée au moment de la cessation de la résidence au Québec ne trouvent pas application car, en réalité, il n'y a pas cessation de la résidence au Québec.

1.2. RÉSIDENCE FISCALE AMÉRICAINE

1.2.1. Établissement d'une résidence fiscale – Loi nationale américaine

L'*Internal Revenue Code*⁵ comporte deux principaux tests, desquels peuvent découler un statut de résident américain. Il s'agit du *Lawful Permanent Residency Test* et du *Substantial Presence Test*, la résidence étant acquise à la première des dates à laquelle on a satisfait à l'un des deux tests.

⁴ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1998-1999, Discours sur le Budget*, 31 mars 1998.

⁵ *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »).

1.2.2. *Lawful Permanent Residency Test*

Le *Lawful Permanent Residency Test*, communément appelé le « test de la carte verte », est lié aux principes d'immigration américains : dès l'instant où un particulier obtient sa carte verte américaine, il est traité fiscalement comme un citoyen américain. En fait, le détenteur de la carte s'engageant à toujours maintenir sa résidence principale aux États-Unis, il en découle qu'il y sera basé de façon permanente et que les États-Unis seront son principal lieu de séjour. Par conséquent, en acceptant la carte verte et ses conditions, le particulier accepte de faire des États-Unis son pays de résidence fiscale.

1.2.3. *Substantial Presence Test*

Il est aussi possible d'établir une résidence américaine par le simple fait d'une présence suffisante aux États-Unis. Pour ce faire, il suffit d'avoir été présent au moins 31 jours dans l'année courante et pour une période de 183 jours, établie selon un calcul qui tient compte des séjours de l'année courante et des deux années précédentes.

Ensuite, si le *Substantial Presence Test* est concluant, il faut déterminer à partir de quel moment la résidence fiscale américaine est acquise : elle s'amorce au premier jour de présence aux États-Unis, à moins d'exclure le premier séjour n'excédant pas 10 jours. Il faut alors que le résident étranger ait maintenu une résidence dans son pays d'origine. Pour être exclu, le séjour doit donc être à la fois le premier de l'année et ne pas dépasser 10 jours, sans quoi la règle *minimis* ne pourra être appliquée pour reporter la date d'entrée. Soulignons aussi que cette règle n'est applicable qu'à la détermination de la date d'arrivée et non pas au calcul du *Substantial Presence Test*.

Il existe aussi plusieurs cas de séjours, courts ou longs, qui ne seront pas considérés dans le calcul du *Substantial Presence Test*, tels que les jours où le non-résident fait la navette entre son pays d'origine et les États-Unis pour se rendre à son travail, les jours de présence pour raisons médicales et, enfin, les séjours de certaines personnes expressément exclues.

1.2.4. *Les snowbirds*

Parmi les séjours de certaines personnes expressément exclues, une exception permet d'exempter du *Substantial Presence Test* les séjours de gens qui se rendent chaque année aux États-Unis sans pour autant rompre les liens qu'ils entretiennent avec leur pays d'origine (*Closer Connection Exemption*). Pour être considéré comme non-résident américain malgré un séjour prolongé aux États-Unis, il faut :

- limiter les séjours cumulatifs aux États-Unis à 183 jours ou moins par année;
- conserver une résidence principale dans un autre pays, le Canada par exemple;
- conserver des liens importants avec le pays de résidence en matière de liens familiaux, d'ordre économique, personnels et sociaux.

S'il est impossible de répondre aux critères permettant de produire le Formulaire 8840, il demeure possible d'être reconnu résident canadien malgré des séjours prolongés en sol américain, en prenant position sous la convention fiscale afin de démontrer que des liens plus étroits sont maintenus avec le Canada. Ainsi, en situation de double résidence, les critères suivants de la convention servent, dans l'ordre, de fondement pour départager le lieu unique de résidence : le foyer d'habitation permanent, les liens personnels et d'ordre économique, le lieu de séjour habituel et, en dernier lieu, la citoyenneté.

D'autre part, puisque la plupart des gens désignés comme *snowbirds* sont propriétaires ou copropriétaires d'un immeuble en sol américain, il importe de rappeler que des obligations fiscales visent précisément les revenus tirés de la location de ces espaces lors des périodes d'inoccupation par les propriétaires, de même que les conséquences particulières à la disposition ou lors du décès.

1.2.5. Choix possibles

Un individu quittant son pays d'origine pour émigrer aux États-Unis et y adopter le statut de résident fiscal peut souhaiter être reconnu résident américain pour toute l'année fiscale, plutôt qu'uniquement à partir de sa date d'arrivée, le tout pour des motifs fiscaux (accès à certaines déductions et crédits propres à ceux qui résident l'année entière) ou autres.

1.2.6. *First Year's Election*

Il est possible, malgré un nombre de jours de présence insuffisant, d'être réputé résident américain pour une partie de l'année lorsque le particulier sait qu'il satisfera au *Substantial Presence Test* l'année suivante, qu'il est présent aux États-Unis au moins 31 jours consécutifs dans l'année courante et qu'il a été présent au moins 75 % de ces jours depuis sa date d'entrée. Aux fins des règles intérieures, il pourra alors être considéré comme résident américain à compter du premier jour de la période admissible.

1.2.7. Choix d'être résident toute l'année

Lorsque le particulier est considéré comme non-résident durant une partie de l'année et comme résident au cours de l'autre partie, on désigne fiscalement son statut de *dual status*. Afin d'éviter de produire à la fois une déclaration 1040 (résident) et 1040NR (période de non-résidence), tout en se voyant pénalisé quant à certains crédits et déductions, le nouveau résident peut être considéré comme tel pour toute l'année s'il satisfait aux conditions suivantes :

- il est non-résident américain au début de l'année;
- il est résident des États-Unis à la fin de l'année;
- il est marié à une personne résidente ou citoyenne des États-Unis à la fin de l'année;
- le conjoint du contribuable et le contribuable font le choix.

À la suite d'un tel choix, les deux contribuables sont imposés aux États-Unis sur leurs revenus mondiaux de l'année et doivent produire une déclaration conjointe. Ce choix ne peut être fait qu'une seule fois et il s'effectue simplement en joignant une lettre démontrant que toutes les conditions sont remplies, le tout accompagné des noms, adresse et numéros d'identification personnels.

Il est généralement plus avantageux de produire une déclaration conjointe, particulièrement si l'un des deux conjoints a peu ou n'a pas de revenu, les taux d'imposition progressifs portant alors sur des fourchettes de revenus plus élevées qu'en situation de déclaration distincte. D'autres avantages tels que l'exemption du revenu d'emploi gagné à l'étranger, le crédit d'impôt étranger et la possibilité de déduire les *itemized deductions* sont également à considérer.

1.3. RÉSIDENCE SELON LA CONVENTION FISCALE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS

C'est à l'aide des règles nommées *tie-breaker rules* à l'article IV de la *Convention* qu'il est possible de départager laquelle des deux compétences fiscales pourra considérer nos expatriés comme résidents dans l'éventualité où ils seraient considérés comme résidents fiscaux des deux pays. En vertu de ces règles, un particulier qui est reconnu résident de deux pays, selon

leurs règles fiscales intérieures, est réputé, du point de vue international, être résident :

- du pays où il dispose d'un foyer d'habitation permanent;
- s'il dispose d'un foyer d'habitation permanent dans les deux pays ou qu'il n'en dispose dans aucun des pays, du pays où ses liens d'ordre économique et personnels sont les plus étroits (centre des intérêts vitaux);
- si l'on ne peut établir où le particulier a le centre de ses intérêts vitaux, du pays où il séjourne de façon habituelle;
- s'il séjourne de façon habituelle dans les deux pays ou s'il ne séjourne de façon habituelle dans aucun des pays, du pays dont il possède la citoyenneté; et
- s'il possède la citoyenneté des deux pays ou s'il ne possède la citoyenneté d'aucun des pays, les autorités compétentes des deux pays doivent trancher la question d'un commun accord.

L'interprétation que fait l'ARC des deux premiers critères diffère de celle de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE ») établie pour la convention modèle servant de canevas pour la plupart des traités internationaux en matière d'impôt sur le revenu et la fortune. L'ARC considère que le foyer d'habitation permanent est disponible même s'il est loué à une personne non liée selon un bail à long terme, puisqu'il sera disponible au retour au Canada. Récemment, les tribunaux canadiens ont favorisé cette interprétation restrictive dans l'affaire *Lawrence Wolf c. La Reine*⁶. Le juge a en effet considéré que M. Wolf avait un foyer d'habitation disponible au Canada et aux États-Unis bien qu'aux États-Unis le foyer d'habitation fût loué à une partie non liée par un bail que M. Wolf ne pouvait résilier qu'après un avis de 30 jours. L'OCDE indique que les critères doivent être analysés pour la période de double résidence seulement (toutefois, cette analyse peut, dans certains cas, être inférieure à une année d'imposition), et le foyer d'habitation doit alors être disponible en tout temps.

⁶ 2000 D.T.C. 2595 (C.C.I.).

Quant à la notion du centre des intérêts vitaux, l'ARC indique⁷ que l'analyse s'effectue durant une période plus longue que la période de double résidence, soit la période prescrite par l'OCDE.

Il est à noter que la non-résidence réputée ne s'applique que lorsqu'il existe une convention fiscale entre le Canada et le nouveau pays de résidence du particulier. En conséquence, il est préférable pour un particulier de devenir non-résident en vertu des faits s'il s'avère possible qu'après une première mutation dans un pays conventionné il soit muté dans un pays non conventionné. En d'autres termes, l'application du concept de non-résident réputé ne doit être utilisée que dans des situations particulières.

2. PRINCIPALES PARTICULARITÉS DU RÉGIME D'IMPOSITION AMÉRICAIN

À moins d'indication contraire, les commentaires de cette section sont applicables aux fins de l'impôt fédéral américain, et les valeurs indiquées sont en dollars américains.

2.1. TAUX D'IMPOSITION

Aux États-Unis, tout comme au Canada, il y a plus d'un palier d'imposition. Il y a imposition au niveau fédéral, au niveau de l'État et parfois même au niveau du comté ou de la ville. Cependant, tout impôt payé au niveau de l'État, du comté ou de la ville est déductible dans le calcul du revenu imposable fédéral.

2.1.1. Fédéral

Au niveau fédéral, le revenu est imposé selon des taux progressifs qui diffèrent en fonction de l'état civil. En fait, il existe quatre tables d'impôt, soit une pour chacune des catégories de contribuables⁸ :

- *Single Individuals* (célibataires et conjoints de fait);

⁷ *Tax Window Files*, dans *Canadian Tax Library* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 9402046, 22 mars 1994.

⁸ I.R.C. § 1.

- *Married Filing Jointly and Surviving Spouses* (ci-après « MFJ ») (contribuables mariés produisant une déclaration conjointe et conjoints survivants);
- *Married Filing Separately* (ci-après « MFS ») (contribuables mariés produisant des déclarations séparées);
- *Head of Households* (chef de famille seul, non marié avec au moins une personne à charge).

On entend par contribuables mariés les couples de sexe opposé mariés légalement.

Single Individuals

2004

Revenu imposable supérieur à :	Revenu imposable sans excéder :	Impôt	+	% de l'excédent
0 \$	----7 150 \$	0,00 \$		10,00 %
7 151 \$	----29 050 \$	715,00 \$		15,00 %
29 051 \$	----70 350 \$	4 000,00 \$		25,00 %
70 351 \$	----146 750 \$	14 325,00 \$		28,00 %
146 751 \$	----319 100 \$	35 717,00 \$		33,00 %
319 101 \$	...	92 592,50 \$		35,00 %

Married Filing Jointly and Surviving Spouses

2004

Revenu imposable supérieur à :	Revenu imposable sans excéder :	Impôt	+	% de l'excédent
0 \$	----14 300 \$	0,00 \$		10,00 %
14 301 \$	----58 100 \$	1 430,00 \$		15,00 %
58 101 \$	----117 250 \$	8 000,00 \$		25,00 %
117 251 \$	----178 650 \$	22 787,50 \$		28,00 %
178 651 \$	----319 100 \$	39 979,50 \$		33,00 %
319 101 \$	...	86 328,00 \$		35,00 %

Married Filing Separately

2004

Revenu imposable supérieur à :	Revenu imposable sans excéder :	Impôt	+	% de l'excédent
0 \$	----7 150 \$	0,00 \$		10,00 %
7 151 \$	----29 050 \$	715,00 \$		15,00 %
29 051 \$	----58 625 \$	4 000,00 \$		25,00 %
58 626 \$	----89 325 \$	11 393,75 \$		28,00 %
89 326 \$	----159 550 \$	19 989,75 \$		33,00 %
159 551 \$	...	43 164,00 \$		35,00 %

Head of Households

2004

Revenu imposable supérieur à :	Revenu imposable sans excéder :	Impôt	+	% de l'excédent
0 \$	----10 200 \$	0,00 \$		10,00 %
10 201 \$	----38 900 \$	1 020,00 \$		15,00 %
38 901 \$	----100 500 \$	5 325,00 \$		25,00 %
100 501 \$	----162 700 \$	20 725,00 \$		28,00 %
162 701 \$	----319 100 \$	38 141,00 \$		33,00 %
319 101 \$	...	89 753,00 \$		35,00 %

2.1.2. État

Il n'y a pas d'impôt étatique sur le revenu pour les particuliers des États de Washington, de la Floride, du Nevada, du Texas et du Wyoming. Pour les autres États, les taux d'imposition varient de l'un à l'autre, et les règles d'assujettissement, de façon générale, sont basées sur la notion de résidence, cette notion variant également d'un État à l'autre.

2.2. PARTICULARITÉS DU GAIN EN CAPITAL

Le régime fiscal américain diffère de beaucoup du régime canadien sur le plan de l'imposition des gains en capital.

Au Canada, la moitié des gains en capital est imposable et incluse comme telle dans la détermination du revenu imposable total de l'année sur lequel s'applique une seule et unique table d'imposition à taux progressifs.

Le gain en capital est imposé entièrement aux États-Unis, selon des taux spécifiques qui sont fonction de la durée de détention du bien vendu⁹.

Aux États-Unis, comme au Canada, les pertes en capital peuvent être déduites des gains en capital¹⁰. Si le résultat net des transactions en capital de l'année est une perte, une somme de 3 000 \$ par année de pertes en capital peut être déduite des autres sources de revenus. Pour les personnes mariées qui produisent des déclarations distinctes, cette dernière somme est de 1 500 \$ par année. Il est possible de reporter à n'importe quelle année à venir les pertes en capital inutilisées contre les gains en capital ou contre d'autres revenus jusqu'à concurrence, encore une fois, de 3 000 \$ par année dans le dernier cas. Les pertes reportées conservent leur statut à court terme ou à long terme. Aucun report rétrospectif n'est possible.

Dans le régime fiscal américain, il n'existe aucune exonération générale pour les gains en capital réalisés sur les actions admissibles de petite entreprise ou sur certains biens agricoles, comme c'est le cas au Canada.

2.3. EXEMPTIONS PERSONNELLES¹¹

Un contribuable peut réclamer une exemption personnelle de 3 100 \$ pour lui, pour son conjoint et pour chacun de ses enfants à charge pour 2004. Le contribuable doit obligatoirement fournir les numéros de sécurité sociale américaine (ci-après « SSN ») des personnes à sa charge, sinon l'Internal Revenue Service (ci-après « IRS ») refusera d'accorder ces exemptions. Dans la mesure où le contribuable ou ses personnes à charge n'ont pas de SSN, ils doivent préalablement obtenir un numéro d'identification personnel auprès de l'IRS en remplissant le Formulaire W7.

Aucune exemption personnelle n'est accordée pour un enfant qui est à la charge d'un autre contribuable. Par exemple, un étudiant qui travaille ne peut réclamer d'exemption personnelle dans sa déclaration si ses parents peuvent le réclamer comme enfant à charge dans leur déclaration.

⁹ I.R.C. § 1(h).

¹⁰ I.R.C. § 1211(b).

¹¹ I.R.C. § 151.

Les exemptions personnelles sont limitées à l'égard des contribuables à revenu élevé. Elles diminuent à mesure que le revenu brut rajusté (*Adjusted Gross Income*, ci-après « AGI ») augmente et sont complètement éliminées lorsque celui-ci dépasse un seuil établi, lequel varie pour chacune des catégories de contribuables. De façon générale, l'AGI correspond au revenu brut moins certaines déductions telles que les pensions alimentaires, les frais de déménagement et les cotisations à un *Individual Retirement Account* (ci-après « IRA »). Pour 2004, les seuils d'AGI à partir desquels les exemptions personnelles diminuent sont les suivants :

Catégories de contribuables	Seuils d'AGI
<i>Single Individuals</i>	142 700 \$
<i>Married Filing Jointly and Surviving Spouses</i>	214 050 \$
<i>Married Filing Separately</i>	107 025 \$
<i>Head of Households</i>	178 350 \$

2.4. DÉDUCTIONS¹²

Le revenu imposable aux fins fiscales américaines se calcule de façon différente des fins fiscales canadiennes. D'abord, pour les **résidents américains**, le régime fiscal américain offre le choix entre deux modes de déductions, désignés par les termes *Standard Deduction* et *Itemized Deductions*. Le contribuable peut déduire le montant le plus élevé des deux.

2.4.1. Cotisations à un régime de retraite

Il existe cependant aux États-Unis des régimes qui s'apparentent aux régimes de pension canadiens.

Le régime de pension 401(k)¹³ ressemble à un RPA. Les cotisations à ce régime figurent sur le relevé d'emploi américain (W2) délivré par l'employeur. Ces cotisations sont directement soustraites du revenu d'emploi imposable indiqué sur le feuillet W2. Ainsi, aucune déduction pour ces cotisations ne figure dans la déclaration de revenus américaine.

Les sommes accumulées dans ces régimes peuvent provenir de cotisations de l'employé ou de l'employeur, et elles s'accumulent à l'abri de l'impôt jusqu'à la retraite. Généralement, ces sommes ne peuvent être

¹² I.R.C. § 151.

¹³ I.R.C. § 401(k).

retraitées du régime sans pénalité avant que le bénéficiaire n'ait atteint l'âge de 59 ans ½. La pénalité applicable pour un retrait avant cette échéance est de 10 %.

2.5. CRÉDIT POUR IMPÔTS ÉTRANGERS¹⁴

Le concept du crédit pour impôts étrangers américain est fondamentalement le même qu'au Canada, cependant il comporte des différences. Le crédit s'applique sur l'impôt américain attribuable au revenu de source étrangère seulement. Il existe une limite pour ce crédit, qui est fonction du ratio du revenu imposable de source étrangère sur le revenu imposable total. Il est donc important de séparer le revenu, les pertes et les déductions du contribuable en deux groupes : ceux de source américaine et ceux de source étrangère.

La limite est calculée de la façon suivante :

$$\frac{\text{Revenu de source étrangère}}{\text{Revenu imposable total}} \times \text{impôts américains} = \text{Crédit pour impôts étrangers maximum}$$

Le crédit correspond au moindre de l'impôt payable par ailleurs sur ce revenu et de l'impôt étranger payé.

Cette formule doit être appliquée séparément selon le type de revenu étranger. On classe les revenus selon neuf paniers (ci-après « *baskets* »). Les plus communs sont :

- **Limite générale (*General Limitation*)** : il comprend les revenus non expressément inclus dans les autres *baskets*. C'est le *basket* que l'on retrouve le plus souvent, et il inclut le revenu d'emploi et autres compensations.
- **Revenu passif** : il comprend les dividendes, les intérêts, les gains en capital, les revenus de location, les redevances et les revenus de société en commandite.
- **Revenu d'intérêts avec retenue à la source élevés** : il comprend le revenu d'intérêts assujéti à une retenue à la source de 5 % ou plus dans un pays étranger.

¹⁴ I.R.C. § 27, 901.

Les impôts étrangers payés à différents pays par rapport à chaque catégorie de revenus sont regroupés pour calculer la limite expliquée ci-dessus. Contrairement au Canada, le calcul des impôts étrangers se fait par catégorie de revenus et non par pays.

Il est possible de reporter aux deux années précédentes et aux cinq années suivantes tout excédent de crédit non utilisé dans l'année courante.

Il faut noter que le crédit pour impôts étrangers peut être calculé sur la base des impôts payés dans l'année (comptabilité de caisse) ou sur celle des impôts payables pour l'année (comptabilité d'exercice).

Un contribuable qui a choisi la méthode de comptabilité de caisse peut passer à celle de comptabilité d'exercice l'année suivante. Toutefois, lorsqu'on décide d'utiliser la méthode de comptabilité d'exercice, on ne peut plus changer de méthode ultérieurement.

2.6. IMPÔT MINIMUM DE REMPLACEMENT¹⁵

Tout comme au Canada, il existe aux États-Unis un concept d'impôt minimum de remplacement (*Alternative Minimum Tax* (ci-après « AMT »)).

Aux fins fiscales américaines, l'exemption de base au titre de l'impôt minimum est de 40 250 \$ pour un célibataire ou de 58 000 \$ pour les MFJ ou de 29 000 \$ pour les MFS. Cette exemption est cependant progressivement éliminée pour les contribuables à revenu élevé.

L'impôt minimum est calculé aux États-Unis selon un taux de 26 % ou de 28 % en fonction du niveau de revenu imposable modifié.

Les principaux éléments à considérer pour le calcul de l'AMT sont les suivants :

- les déductions standards ne sont pas admissibles;
- les frais médicaux (maximum de 2,5 % de l'AGI) ne sont pas admissibles;
- les taxes payées ne sont pas admissibles;

¹⁵ I.R.C. § 55.

- les revenus provenant d'options d'achat d'actions sont imposables dans l'année de l'exercice de l'option;
- seuls 90 % des crédits pour impôts étrangers sont admissibles dans le calcul de l'impôt minimum à payer;
- certaines autres déductions, tel l'amortissement, sont admissibles, mais la base de leur calcul est différente.

2.7. DATES DE PRODUCTION DES DÉCLARATIONS AMÉRICAINES

Les déclarations de revenus américaines doivent généralement être produites au plus tard le 15 avril de l'année suivant l'année d'imposition (le sceau de la poste en faisant foi).

L'échéance de production est prolongée automatiquement jusqu'au 15 juin pour un citoyen américain dont le lieu d'emploi **et** le lieu de résidence sont situés à l'extérieur des États-Unis au 15 avril.

L'échéance de production peut être également prolongée jusqu'au 15 août si le contribuable n'est pas en mesure de respecter la date limite du 15 avril. Dans ce cas, le contribuable doit faire une demande de prolongation automatique (Formulaire 4868).

Même si la date de production est reportée en juin ou en août, le solde d'impôt payable doit être acquitté au plus tard le 15 avril, sinon des intérêts sont imputés au contribuable.

2.8. ACOMPTES PROVISIONNELS

Tout comme au Canada, le système fiscal américain prévoit des versements d'acomptes provisionnels (*Estimated Tax*).

Pour une année en cours, les dates de versements sont :

- le 15 avril;
- le 15 juin;
- le 15 septembre;
- le 17 janvier de l'année suivante.

La base de calcul ressemble à celle du régime canadien. Le contribuable peut choisir soit l'impôt réellement payé l'année précédente, soit l'impôt total qu'il prévoit payer pour l'année en cours.

Un contribuable doit faire des acomptes provisionnels s'il prévoit avoir un solde d'impôt à payer d'au moins 1 000 \$ après avoir pris en compte les impôts retenus à la source et s'il prévoit que les retenues à la source et les crédits réclamés seront inférieurs au moindre de :

- 90 % de l'impôt exigible de l'année en cours;
- 100 % de l'impôt exigible de l'année précédente.

Ainsi, si le contribuable choisit comme base de calcul l'impôt qu'il prévoit payer pour l'année en cours, il n'a à acquitter que 90 % de l'impôt exigible sous forme d'acomptes provisionnels.

3. PARTICULARITÉS RELATIVES À L'EXPATRIATION VERS LES ÉTATS-UNIS

3.1. SÉCURITÉ SOCIALE ET ASSURANCE EMPLOI

Lorsqu'elles sont comparées avec les cotisations au régime québécois régi par la Régie des rentes du Québec, les charges de sécurité sociale américaines représentent un coût supplémentaire important tant pour l'employé que pour l'employeur.

Il existe cependant une entente de sécurité sociale entre les États-Unis et le Québec permettant à un employeur et à un employé de demeurer assujettis au Régime de rentes du Québec et d'éviter de verser des charges de sécurité sociale aux États-Unis.

Cette couverture est disponible si l'employé est détaché par la société canadienne aux États-Unis et si une demande de certificat d'assujettissement (Formulaire QUE/EUA/101) est produite par la société canadienne auprès de la Direction des ententes de sécurité sociale. Il est à noter que le certificat délivré selon cette entente États-Unis/Québec n'est valide que pour les cinq premières années de l'affectation aux États-Unis. Dans certains cas, il est possible de soumettre une nouvelle demande afin d'obtenir une couverture supplémentaire au-delà de cette période.

L'employé ne peut être couvert par cette entente que s'il est détaché par la société canadienne. En d'autres termes, il doit demeurer « employé » de la

société canadienne et être détaché par celle-ci. En l'occurrence, les faits doivent démontrer qu'il est au service de la société canadienne (c'est-à-dire qu'elle peut le muter, le rappeler, le congédier, etc.). Il importe peu, aux fins de la notion de détaché, que l'employé soit payé par l'entreprise québécoise ou par l'entreprise américaine, voire par les deux.

Il est important de noter que, si l'employé désirait adhérer au régime américain, l'entente de sécurité sociale permettrait de prendre en compte les années de service sous le régime québécois dans le calcul des années requises d'admissibilité afin de satisfaire aux critères d'admissibilité aux prestations du système américain, et vice versa.

Si le travail de l'employé se fait presque exclusivement aux États-Unis et que ce dernier est considéré comme non-résident canadien, l'emploi ne sera plus considéré comme « emploi assurable » aux fins des règles canadiennes régissant l'assurance emploi. Le régime américain, connu sous le nom de *Federal Unemployment Tax Act* et auquel seul l'employeur cotise, est généralement administré par l'État ou par le régime fédéral, ou par les deux à la fois.

3.2. RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-RETRAITE ET RÉGIME ENREGISTRÉ D'ÉPARGNE-ÉTUDES

3.2.1. REÉR

En situation de gains latents importants, il est fortement recommandé de disposer des placements dans un REÉR et de les acquérir de nouveau afin de cristalliser la valeur du REÉR avant d'établir la résidence américaine. Ce montant sera reconnu comme du capital du point de vue américain dans la perspective de retraits éventuels à titre de résident fiscal des États-Unis. Par contre, toute plus-value réalisée à la suite du changement de résidence sera reconnue par l'IRS comme un revenu imposable, au moment du retrait seulement advenant que les choix requis aient été effectués dans les formes et délais prescrits.

3.2.2. Imposition au Canada

Aux fins fiscales canadiennes, les cotisations annuelles à un REÉR sont déductibles du revenu net, et ce, selon certaines limites. Les revenus d'un REÉR s'accumulent à l'abri de l'impôt. Il n'est pas nécessaire de retirer les sommes d'un REÉR lorsqu'un particulier devient non-résident du Canada.

Toutefois, un retrait d'un REÉR par une personne non résidente est assujéti à la retenue d'impôt des non-résidents de 25 %¹⁶. Lorsqu'il s'agit d'un paiement forfaitaire, ce taux n'est pas réduit par la *Convention*. Cependant, si ce REÉR est versé sous forme de rente viagère (fonds enregistré de revenu de retraite, par exemple), le taux de retenue est alors réduit par la *Convention* à 15 %¹⁷.

Il est toujours possible de cotiser au REÉR dans l'année de départ selon les droits de cotisations disponibles si les cotisations sont effectuées à l'intérieur des délais permis, soit dans les 60 jours suivant la fin de l'année de départ. Étant donné que le particulier ne sera assujéti à l'impôt canadien que sur une partie de ses revenus gagnés pour l'année, il est possible que la déduction soit moins avantageuse. De même, une cotisation à un REÉR effectuée par un non-résident n'est pas expressément prévue dans le calcul du revenu imposable aux fins fiscales du Québec et pourrait être refusée.

En tant que non-résident du Canada, les cotisations au REÉR sont toujours disponibles mais non admissibles à la portion « subvention » du gouvernement fédéral.

3.2.3. Imposition aux États-Unis

Aux fins fiscales américaines, le REÉR n'est pas reconnu comme un abri fiscal. Ainsi, les cotisations ne sont pas déductibles du revenu imposable américain. Quant aux revenus générés au sein du régime, ils sont imposables annuellement, à moins que le contribuable n'effectue un choix annuel en vertu du paragraphe 7 de l'article XVIII de la *Convention* afin de reporter l'imposition de ces revenus au moment de l'encaissement. Étant donné que tous les États américains ne font pas partie de la *Convention*, les lois fiscales internes de la plupart des États américains reconnaissent le report de l'imposition des revenus dans le REÉR selon l'application de la *Convention* au niveau fédéral américain.

Les revenus générés dans le REÉR sont aussi exemptés de l'imposition américaine tant au niveau fédéral qu'au niveau des États par l'application de la *Convention*.

¹⁶ Par. 212(1) L.I.R.

¹⁷ *Convention*, précitée, note 1, art. XVIII(2)b).

3.3. RÉGIME DE PENSION

Souvent les employés se voient offrir deux possibilités aux fins des régimes de pension « privés » : la participation au régime de pension 401(k) de la société américaine ou le maintien des cotisations au RPA de leur employeur canadien (soit un régime à prestations déterminées).

La décision repose sur une analyse fiscale et financière des régimes en place mais aussi sur d'autres facteurs, tels que l'intention de l'employé quant à la durée de son assignation aux États-Unis, la possibilité de transférer ou de retirer les fonds, la détermination des parties qui supportent les risques des investissements aux régimes, etc.

Étant donné que les employés cotisent normalement au régime canadien en tant que résidents canadiens, s'ils désirent continuer à cotiser à ce régime, l'employeur canadien n'a aucune demande à soumettre auprès de l'ARC afin que le travail aux États-Unis soit qualifié comme « services à l'étranger admissibles » s'ils sont détachés par la société canadienne à la société américaine, et ce, pour une période maximale de cinq ans.

3.4. DISPOSITION RÉPUTÉE DES BIENS À L'ÉMIGRATION

3.4.1. Gain au moment de la cessation de la résidence canadienne

Ces règles de disposition réputée des biens immédiatement avant qu'un particulier cesse d'être résident du Canada sont communément appelées l'« impôt de départ ». En vertu de l'alinéa 128.1(4)b) L.I.R., tous les biens appartenant à l'employé, à l'exception de certains biens tels que les biens immeubles situés au Canada et les REÉR, seront assujettis à la disposition réputée à leur juste valeur marchande (ci-après « JVM ») immédiatement avant qu'il cesse d'être résident du Canada. Les biens assujettis à la disposition réputée sont réputés être acquis de nouveau à leur JVM aux fins de la détermination des conséquences fiscales futures au Canada.

Tel qu'il est mentionné, certains biens détenus ne sont pas assujettis à la disposition réputée au moment de la cessation de la résidence fiscale canadienne. Néanmoins, l'alinéa 128.1(4)d) L.I.R. permet au particulier de rendre certains de ses biens, autrement exclus de la règle de disposition réputée, assujettis à cette règle.

Par ailleurs, les règles d'attribution ne s'appliquent pas au moment de la disposition réputée. En effet, si un particulier transfère un bien à son

conjoint, alors le gain en capital réalisé à la suite de la disposition réputée est imposable pour le conjoint.

3.4.2. Coordination entre l'impôt de départ et les règles fiscales américaines

Les États-Unis ne reconnaissent pas l'augmentation du coût du bien résultant de la disposition réputée au Canada. Le coût d'acquisition du bien demeure donc inchangé aux fins fiscales américaines. Il peut y avoir double imposition à la vente d'un bien assujéti à la disposition réputée au Canada, à moins de se prévaloir d'une des options suivantes :

- reporter le paiement de l'impôt de départ¹⁸ et, au moment de la disposition réelle du bien, réclamer un crédit d'impôt étranger au Canada, en vertu du paragraphe 126(2.21) L.I.R., pour l'impôt américain payé sur le gain;
- si l'employé prévoit revenir au Canada avant la disposition de quelques-uns ou de l'ensemble des biens assujettis à l'impôt de départ, il peut choisir de différer le paiement de l'impôt de départ et, à son retour, pourra se prévaloir de la disposition en vertu du paragraphe 128.1(6) L.I.R., lui permettant d'annuler l'effet des règles de disposition réputée. En fait, s'il n'est pas résident américain au moment de la disposition du bien, aucune conséquence fiscale américaine n'en résultera (aucun impôt de départ aux États-Unis);
- l'employé peut payer l'impôt de départ et faire un choix, en vertu du paragraphe 7 de l'article XIII de la *Convention*, afin que la disposition réputée et l'acquisition réputée au moment de la cessation de résidence canadienne s'appliquent aussi aux fins fiscales américaines. Ce choix aura pour résultat que le gain réalisé à la disposition réputée sera inclus dans la déclaration de revenus aussi bien canadienne qu'américaine dans l'année d'imposition du départ et, ainsi, un crédit d'impôt étranger pourra être réclamé afin d'éliminer ou de diminuer le problème de double imposition.

¹⁸ Par. 220(4.5) L.I.R.

3.4.3. Garantie pour l'impôt de départ

Au lieu de payer l'impôt résultant de la disposition réputée, il est possible de fournir une garantie suffisante et ainsi reporter le paiement de l'impôt jusqu'au moment où les actifs faisant l'objet de la disposition réputée seront réellement vendus. Néanmoins, aucune garantie n'est à fournir sur l'impôt calculé au taux d'imposition marginal supérieur sur les premiers 100 000 \$ CA de gain en capital.

La garantie doit être fournie au plus tard à la date d'exigibilité du solde, soit le 30 avril de l'année subséquente, et pourra prendre la forme d'une lettre de crédit, de garanties bancaires, d'hypothèques ou d'actions de sociétés publiques ou privées.

3.4.4. Déclaration de renseignements

En vertu du paragraphe 128.1(9) L.I.R., une déclaration de renseignements doit être remplie afin de déclarer les actifs dont les employés sont propriétaires au moment où ils cessent de résider au Canada. Le Formulaire T1161 doit être rempli, lorsque la JVM de l'ensemble des biens dont ils sont propriétaires est supérieure à 25 000 \$ CA. Ils devront donc remplir ce formulaire et y inclure tous les biens assujettis à la disposition réputée au moment de la cessation de la résidence au Canada.

3.5. GRATIFICATION

Si une gratification est versée une fois qu'un employé a cessé d'être résident du Canada, elle est tout de même imposable au Canada en vertu de l'alinéa 115(1)a) L.I.R., car elle est relative à des services rendus au Canada. En vertu du paragraphe 2 de l'article XV de la *Convention*, le Canada conserve toujours le premier droit d'imposer cette gratification puisqu'elle ne peut en être exemptée. Effectivement, l'exemption ne s'applique pas, car l'employé est présent au Canada plus de 183 jours au cours de l'année où les services relatifs à la gratification sont rendus.

3.6. PRIME À LA SIGNATURE

La prime à la signature reçue une fois qu'un employé cesse de résider au Canada n'est pas imposable au Canada. Effectivement, l'alinéa 115(2)c.1)

L.I.R.¹⁹ ne traite les cas de prime à la signature que lorsqu'elle est versée en raison d'une charge ou d'un emploi au Canada.

3.7. RÉMUNÉRATION PAR L'EMPLOYEUR

Aux fins fiscales américaines, l'ensemble de la rémunération est imposable. Cela comprend l'allocation pour le coût de la vie, la prime de mobilité et l'allocation au logement. Toutefois, il est important de souligner que les cotisations de l'employé au régime de pension 401(k) jusqu'au maximum permis sont déductibles. Le maximum des cotisations pour l'année 2004 est de 12 000 \$ US.

3.8. REVENUS LOCATIFS

3.8.1. Imposition au Canada

Le montant brut du revenu locatif que reçoit un employé à la suite de la location de sa résidence au Canada est assujéti à l'impôt en vertu de l'alinéa 212(1)d) de la Partie XIII L.I.R. Le taux de la retenue d'impôt est de 25 % et n'est pas réduit par la *Convention*. Il est également possible d'effectuer le choix prévu à l'article 216 L.I.R.

3.8.2. Imposition aux États-Unis

Le revenu net obtenu de la location d'une résidence principale est imposable aux États-Unis. Par ailleurs, l'impôt canadien payé ou retenu relativement à ce revenu peut être réclaté à titre de crédit d'impôt étranger aux États-Unis. S'il s'agit d'une perte de location, alors cette dernière est considérée comme une perte d'activités passives et ne peut être déduite qu'à l'encontre de revenus d'activités passives. Si elle ne peut être utilisée, elle peut être reportée indéfiniment aux années subséquentes.

3.8.3. Disposition réelle d'un bien déjà assujéti à la disposition réputée

La disposition réelle d'un bien qui a déjà été assujéti à la disposition réputée entraîne l'impossibilité de reporter l'impôt de départ, et cet impôt doit être payé au plus tard à la date d'exigibilité du solde pour l'année de la disposition, soit le 30 avril de l'année suivante.

¹⁹ *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 1093.

3.9. VENTE D'UNE RÉSIDENCE PRINCIPALE

3.9.1. Imposition au Canada

La vente d'une résidence principale au Canada n'entraînera aucune conséquence fiscale au Canada lorsque l'exemption pour résidence principale peut être utilisée en totalité, par exemple lorsque la maison a été vendue avant la fin de l'année d'imposition qui suit l'année où l'employé a cessé d'être résident du Canada.

Néanmoins, un certificat en vertu de l'article 116 L.I.R., tel qu'il a été discuté précédemment, devra être obtenu puisqu'il s'agit de la disposition d'un bien canadien imposable (ci-après « BCI ») par un non-résident. Il est important de noter que, pour le Québec, un bien immeuble situé au Québec est un bien québécois imposable²⁰ et qu'il est également assujéti à l'impôt²¹. Ainsi, le Formulaire IMP. 1097-1/R1 semblable à celui du fédéral doit être rempli afin d'obtenir un certificat et d'éviter que l'acheteur retienne un montant d'impôt égal à 18 % du prix d'achat.

3.9.2. Exemption pour résidence principale aux États-Unis²²

Relativement aux règles portant sur la résidence principale, le régime fiscal américain est plus restrictif que le régime canadien. Toute augmentation de valeur de la résidence depuis le départ du Canada sera assujettie aux règles suivantes.

Aux États-Unis, le gain réalisé à la vente d'une résidence principale peut être exclu du revenu jusqu'à concurrence de 250 000 \$. Pour les couples mariés produisant une déclaration conjointe, l'exemption maximale est de 500 000 \$.

Afin de pouvoir bénéficier de cette exemption, le contribuable (et son conjoint, s'il y a lieu) doit avoir été propriétaire et avoir habité la résidence comme résidence principale pendant un minimum de deux ans (pas nécessairement consécutifs) au cours des cinq dernières années. Également,

²⁰ Art. 1097 L.I.

²¹ Art. 1089 L.I. de même que *Règlement sur les impôts*, R.R.Q., 1981, c. I-3, r. 1 et mod., art. 1089R.

²² I.R.C. § 121.

ni le contribuable ni son conjoint ne doivent avoir réclamé cette exemption dans les deux années précédant la vente.

Aux États-Unis, la définition de résidence principale n'inclut pas une résidence secondaire, comme un chalet, par exemple. Le contribuable doit avoir habité de façon régulière la résidence pour que celle-ci soit admissible à l'exemption.

Il y a certaines exceptions aux critères énumérés précédemment. En effet, dans les cas de changement d'emploi, de problèmes de santé ou de certaines autres circonstances exceptionnelles déterminables par l'IRS, il est possible de réclamer une exemption réduite et calculée au prorata si la période de deux ans n'est pas atteinte.

À titre d'exemple, si un particulier doit vendre sa résidence principale un an après l'avoir achetée parce que son employeur lui demande d'aller travailler dans un autre pays, et qu'il l'a utilisée pendant toute l'année à titre de résidence principale, il pourrait avoir droit à 50 % de l'exemption autrement admissible.

3.9.3. Gain de change sur le remboursement de l'hypothèque

Aux fins fiscales américaines, l'hypothèque est en devise étrangère, et le remboursement peut donner lieu à un gain de change en raison de la fluctuation du taux de change entre la date du financement ou refinancement et la date du remboursement. Néanmoins, le gain est considéré comme étant de source étrangère aux États-Unis. Ainsi, l'impôt sur ce gain peut être minimisé par le crédit d'impôt étranger dans la déclaration de revenus américaine. S'il s'agit d'une perte, celle-ci n'est pas déductible. De même, il y a une exemption de 200 \$ US pour le gain de change réalisé sur des transactions de nature personnelle. Parfois, ce gain peut être très important lorsque l'hypothèque a été négociée il y a plusieurs années. Dans ces circonstances, il serait préférable de renégocier l'hypothèque afin de minimiser ce gain.

3.9.4. Régime d'accession à la propriété

Toute somme retirée des REÉR dans le cadre du RAP devient remboursable en totalité une fois que le particulier devient non-résident du Canada. Le remboursement doit s'effectuer dans les 60 jours suivant la date à laquelle le particulier cesse d'être résident du Canada. Tout montant

impayé doit être inclus comme revenu sur les déclarations de revenus produites pour l'année de départ.

4. PARTICULARITÉS RELATIVES AU RETOUR AU CANADA

4.1. PRIME À LA SIGNATURE POUR LE RETOUR AU CANADA

La prime à la signature reçue à la suite de la conclusion d'un contrat de travail au Canada est imposable au Canada, et ce, même si elle est reçue avant d'établir de nouveau sa résidence au Canada. En effet, lorsqu'un particulier reçoit une somme en raison de la conclusion d'un contrat et que cette somme est déductible par le payeur en vertu de la Partie I L.I.R., alors cette somme est imposable au Canada en vertu de l'alinéa 115(2)c.1) L.I.R.²³

Dans la mesure du possible, il est préférable de recevoir cette somme dans une année où l'employé est non-résident du Canada pour toute l'année afin de tirer avantage d'un taux d'imposition moins élevé.

4.2. COTISATIONS AU RÉGIME DE PENSION 401(K)

Les cotisations versées au régime de pension 401(k) par un résident canadien sont imposables au Canada, car elles correspondent à une part de salaire non versée à l'employé, mais plutôt déposée en son nom au régime. Quant aux revenus générés au sein du régime, les principes expliqués précédemment au sujet du REÉR trouveront application. Toutefois, au moment du retrait, les cotisations de l'employé ne sont pas imposables.

Pour l'employeur, le régime sera considéré, pour les cinq premières années, comme un régime de participation des employés aux bénéfices et, pour les années subséquentes, comme une convention de retraite avec les conséquences liées au maintien de ce type de régime, à savoir : retenue d'impôt égale à 50 % des cotisations au régime, production d'une déclaration de revenus des fiducies, administration, etc.

Pour ce qui est des cotisations au régime durant la période de résidence aux États-Unis, l'employé peut choisir de conserver les fonds dans le régime, de les encaisser ou de les transférer à un autre régime.

L'employé peut choisir de laisser les fonds dans le régime jusqu'au moment de sa retraite, où il recevra des versements sous forme de rente. Ces

²³ Art. 1093 L.I.

versements seront assujettis à l'impôt de retenue américain de 30 %, taux réduit à 15 % en vertu de la *Convention* (paiements périodiques). Toutefois, s'il y a retrait des sommes accumulées dans le régime avant que le contribuable ait atteint l'âge de 59 ans ½, alors celles-ci seront assujetties à une pénalité de 10 %. Ces sommes seront imposables au Canada, et un crédit pour impôt étranger pourra être réclamé par le contribuable, excluant la pénalité.

Le contribuable peut également choisir de transférer les fonds accumulés dans le régime de pension 401(k) à un *Individual Retirement Account* (ci-après « IRA »), qui est l'équivalent américain du REÉR canadien. Aux États-Unis, si le transfert s'effectue d'un administrateur de régime à un autre, il n'y a aucune incidence fiscale immédiate.

Au Canada, si un tel transfert s'effectue alors que le contribuable a le statut de résident canadien, ce transfert est en principe imposable au Canada. Toutefois, puisque le transfert peut se faire sans incidence fiscale aux États-Unis, le paragraphe 1 de l'article XVIII de la *Convention* permet une déduction dans la déclaration de revenus canadienne, annulant ainsi toute incidence fiscale au Canada.

Le contribuable pourra même transférer les sommes de son régime de pension 401(k) à son REÉR, dans la mesure où les sommes du régime de pension 401(k) auront d'abord été transférées à un IRA, lequel est considéré comme mécanisme de retraite étranger aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à condition que le montant transféré soit attribuable à des services que le contribuable ou son conjoint a rendus au cours d'une période tout au long de laquelle il ne résidait pas au Canada²⁴. Un tel transfert à un REÉR provoque toutefois une imposition aux États-Unis. En effet, ce transfert constituant un retrait aux fins de la législation fiscale américaine, l'impôt de retenue sera alors applicable. Puisque l'impôt canadien n'est payable qu'au moment du retrait effectif des fonds, il y a risque de double imposition, car aucun crédit pour impôt étranger ne peut être réclamé pour l'impôt américain versé si aucun impôt n'est payable au Canada pour la même année.

De façon similaire, les fonds de l'IRA pourront être soit laissés dans le régime jusqu'à la retraite soit encaissés. Les conséquences fiscales expliquées précédemment quant au régime de pension 401(k) s'appliqueront.

²⁴ Al. 60j) et art. 60.01 L.I.R. *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétations techniques 9805625, 23 juin 1998 et 9502605, 2 mai 1995.

4.3. REPORT DE L'IMPÔT SUR LE GAIN ACCUMULÉ AU DÉPART (RETOUR AU CANADA)

Pour les biens autres que les BCI, l'acquisition réputée à l'arrivée entraîne la fin du report du paiement de l'impôt de départ, à moins que le choix de l'alinéa 128.1(6)c) L.I.R. soit fait. Contrairement à l'alinéa 128.1(6)a) L.I.R., la mesure ne soustrait pas le bien de la disposition réputée, mais elle permet de rajuster le coût du bien au retour, après avoir tenu compte de l'acquisition réputée du bien, ainsi que de rajuster le produit de disposition du bien au moment du départ afin de reporter, en partie ou en totalité, le gain au moment du départ. Finalement, il est important de noter que, malgré le choix en vertu de l'alinéa 128.1(6)c) L.I.R., la plus-value accumulée durant la période de non-résidence n'est toujours pas imposable au Canada.

CONCLUSION

À la lumière des notions présentées dans ce texte et malgré le fait qu'elles n'aient été présentées que très sommairement, il est facile de constater à quel point une bonne connaissance des enjeux fiscaux tant canadiens qu'américains est requise pour mesurer adéquatement les conséquences fiscales ou autres entourant le transfert d'employés et de dirigeants aux États-Unis.

Pour cette raison, il est important de comprendre que toute aventure américaine devrait débiter par une consultation auprès de conseillers fiscaux offrant toute l'expertise nécessaire pour mener le particulier à bon port, sans qu'il soit pris dans une tourmente fiscale qui pourrait lui coûter trop cher.

ACQUISITION D'UNE ENTREPRISE AUX ÉTATS-UNIS : ASPECTS À CONSIDÉRER



Yves-André Grondin

Avocat, CPA, M. Fisc.

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

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	13:3
1. ACQUISITION IMPOSABLE : CHOIX D'ACHETER LES ACTIFS OU LES ACTIONS	13:4
1.1. ACQUISITION IMPOSABLE DES ACTIFS D'UNE SOCIÉTÉ	13:4
1.1.1. Fusion en argent	13:5
1.1.2. Fusion triangulaire en argent	13:6
1.2. ACQUISITION IMPOSABLE DES ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ	13:8
1.2.1. Fusion triangulaire inversée en argent	13:8
1.3. ACQUISITION IMPOSABLE D'ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ SELON LA DISPOSITION 338 I.R.C.	13:9
1.4. ACQUISITION D'ACTIONS SELON LA DISPOSITION 338(H)(10) I.R.C.	13:12

2.	ACQUISITION NON IMPOSABLE	13:15
2.1.	CONDITIONS GÉNÉRALES À RESPECTER LORS D'UNE RÉORGANISATION	13:15
2.1.1.	Fusion ou consolidation de type A	13:17
2.1.2.	Réorganisation de type B	13:19
2.1.3.	Réorganisation de type C	13:21
2.1.4.	Transfert des actifs à une filiale à la suite d'une réorganisation de type A, B ou C.....	13:24
2.1.5.	Réorganisations triangulaires.....	13:24
2.1.6.	Réorganisation-achat de type D (<i>Acquisitive D</i>).....	13:28
2.2.	CONSÉQUENCES FISCALES POUR LES ACTIONNAIRES DE LA SOCIÉTÉ CIBLE	13:30
2.3.	CONSÉQUENCES FISCALES POUR LA SOCIÉTÉ CIBLE	13:32
2.3.1.	Conséquences de l'échange	13:32
2.3.2.	Conséquences de la distribution	13:32
2.4.	CONSÉQUENCES FISCALES POUR LA SOCIÉTÉ QUI ACQUIERT	13:32
3.	RÉORGANISATION DANS UN CONTEXTE TRANSFRONTALIER	13:33
3.1.	TRANSFERTS DE BIENS VERS L'ÉTRANGER (<i>OUTBOUND</i>)	13:33
3.1.1.	L'exception de l'entreprise active étrangère.....	13:34
3.1.2.	L'exception pour les actions et les valeurs mobilières	13:34
3.2.	TRANSFERTS INTERNATIONAUX DE BIENS QUI NE VONT PAS VERS L'ÉTRANGER	13:35
4.	REPORT D'ATTRIBUTS FISCAUX	13:36
5.	FINANCEMENT D'UNE ACQUISITION IMPOSABLE.....	13:37
5.1.	RECLASSIFICATION DE LA DETTE EN CAPITAL-ACTIONS	13:38
5.2.	LIMITE DE LA DÉPENSE D'INTÉRÊT EN VERTU DE LA DISPOSITION 163(J) I.R.C.	13:40
5.3.	PAIEMENT D'INTÉRÊT À UN NON-RÉSIDENT LIÉ.....	13:41
	CONCLUSION	13:42

INTRODUCTION

Ce texte se veut une suite d'un texte précédent de l'auteur qui portait sur les incidences fiscales fédérales américaines pouvant s'appliquer lorsqu'une entreprise canadienne décide de faire affaire aux États-Unis¹. Une entreprise déjà implantée aux États-Unis depuis quelques années pourrait vouloir acquérir une autre entreprise américaine. Ce texte se veut un survol des règles fiscales fédérales américaines lors d'une acquisition d'entreprise aux États-Unis². Dans un premier temps, une étude des règles fiscales s'appliquant aux acquisitions imposables sera faite. Dans un deuxième temps, une étude des règles fiscales s'appliquant aux acquisitions non imposables sera faite. Évidemment, seules les règles de réorganisation qui ont trait aux acquisitions seront traitées dans ce texte³. Nous ne traiterons pas des conséquences fiscales canadiennes liées à une acquisition d'entreprise aux États-Unis⁴. À des fins de simplification, nous présumerons que la cible et l'acquéreur sont des sociétés américaines. Nous traiterons, de façon séparée, des réorganisations transfrontalières.

Dans le texte, « l'acquéreur » est une société qui acquiert les actions ou les actifs de la société cible. La « cible » est la société qui fait l'objet de l'acquisition. Aux fins des illustrations dans le texte, C est la société cible, A est la société qui acquiert, M est la société mère d'une autre société et F est une filiale de la société mère.

¹ Yves-André GRONDIN et James MEADOW, « La PME à l'international : structures corporatives et financement des opérations américaines », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 7:1-30.

² Pour une étude plus détaillée du sujet, nous vous référons à l'article suivant : Daniel GUÉRARD, « Éléments fiscaux à considérer lors de l'acquisition d'une entreprise aux États-Unis », (2003), vol. 24, n° 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 799-886.

³ Certaines règles de réorganisation ont été décrites dans le texte de l'auteur en 1999. Par exemple, les règles s'appliquant lors de l'incorporation d'une entreprise et les règles s'appliquant aux liquidations. Voir Y.-A. GRONDIN et J. MEADOW, *loc. cit.*, note 1.

⁴ Sur cet aspect, nous vous référons à l'article suivant : Tony SWIDERSKI et Angela LAU, « Canadian Foreign Affiliate Implications of Common US Assets Transfers », dans *2000 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2001, pp. 15:1-53. Voir également D. GUÉRARD, *loc. cit.*, note 2.

1. ACQUISITION IMPOSABLE : CHOIX D'ACHETER LES ACTIFS OU LES ACTIONS

L'acquisition imposable d'une entreprise peut se faire par l'achat des actifs ou des actions d'une société. Pour le vendeur, une vente des actifs suivie par une distribution de liquidation aux actionnaires sera imposable sur le plan de la société et des actionnaires. L'acheteur aura un coût fiscal total dans les actifs égal à leur juste valeur marchande (ci-après « JVM ») au moment de la transaction. L'acheteur préfère cette option à l'achat d'actions puisque la vente d'actifs majore le coût des biens et lui permet donc un amortissement plus élevé, y compris pour l'achalandage, alors que dans le cas d'un achat d'actions, le coût des actifs ne sera pas majoré pour l'acheteur.

Par contre, le vendeur préfère généralement une vente d'actions parce que le gain par rapport aux actions ne sera imposé qu'une fois plutôt que deux fois lors de la vente d'actifs (c'est-à-dire, une première fois, lors de la vente des actifs et une deuxième fois, lors de la liquidation). De plus, le taux d'imposition pour un individu sur un gain en capital est généralement d'un maximum de 15 %⁵.

1.1. ACQUISITION IMPOSABLE DES ACTIFS D'UNE SOCIÉTÉ

Si plusieurs actifs sont achetés pour un prix d'achat global, la disposition 1060 I.R.C. pourrait s'appliquer et pourrait répartir le prix d'achat des actifs individuellement. La disposition 1060 I.R.C. s'applique à un transfert d'actifs qui représente un transfert d'entreprise et qui représente également une transaction dans laquelle le coût de l'acheteur est entièrement déterminé par la contrepartie payée pour les actifs⁶. Lorsque la disposition 1060 I.R.C. s'applique, les règlements détermineront la répartition du prix d'achat. Les règlements prévoient que la méthode résiduelle doit être utilisée de façon à déterminer le prix d'achat de l'achalandage et la valeur de la continuité de l'entreprise. La répartition des biens tient compte des biens intangibles amortissables selon la disposition 197 I.R.C.⁷ Dans l'année où la transaction a lieu, le vendeur et l'acheteur devront joindre à leur déclaration de revenus le Formulaire 8594, « Asset Acquisition Statement under 1060 ».

⁵ *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »), § 1(h).

⁶ I.R.C. § 1060(c).

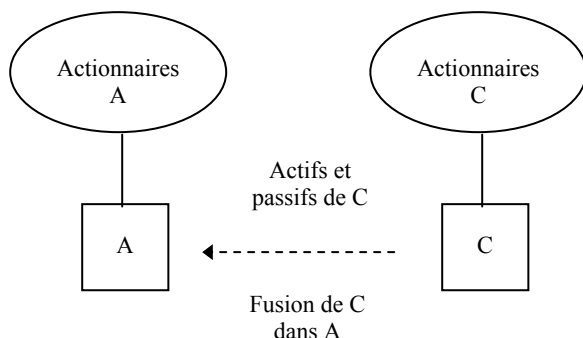
⁷ Treas. Reg. 1.1060-1.

1.1.1. Fusion en argent

L'achat des actifs peut se faire par une fusion en argent (*forward cash merger*). Dans une fusion en argent, la société cible fusionne dans l'acquéreur et les actifs et le passif sont transférés à l'acquéreur en vertu du droit corporatif d'un État. Les actionnaires de la société cible reçoivent de l'argent lors de la fusion (ou de l'argent et des billets de l'acquéreur) en échange de leurs actions. La cible disparaît à la suite de la fusion. Les conséquences fiscales de cette transaction sont les mêmes que celles d'un achat simple des actifs suivi d'une liquidation de la cible⁸.

Fusion en argent

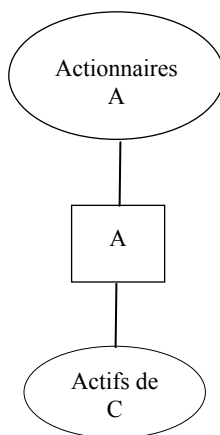
Avant



⁸ Voir *Revenue Ruling* 69-6, 1969-1 C.B. 104.

Fusion en argent

Après



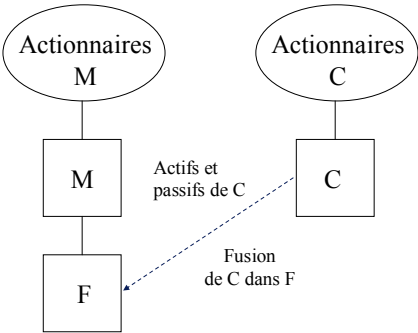
1.1.2. Fusion triangulaire en argent

Une fusion triangulaire en argent est semblable à une fusion en argent. Dans une fusion triangulaire en argent, la société cible fusionne dans la filiale d'une société mère et les actifs et le passif sont transférés à la filiale en vertu du droit corporatif d'un État. Les actionnaires de la société cible reçoivent de l'argent lors de la fusion (ou de l'argent et des billets de la société mère) en échange de leurs actions. La cible disparaît à la suite de la fusion. Les conséquences fiscales de cette transaction sont les mêmes que celles d'un achat simple des actifs suivi d'une liquidation de la cible⁹.

⁹ *Id.*

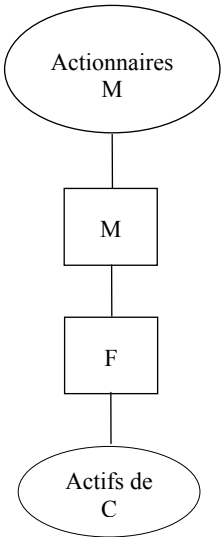
Fusion triangulaire en argent

Avant



Fusion triangulaire en argent

Après



1.2. ACQUISITION IMPOSABLE DES ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ

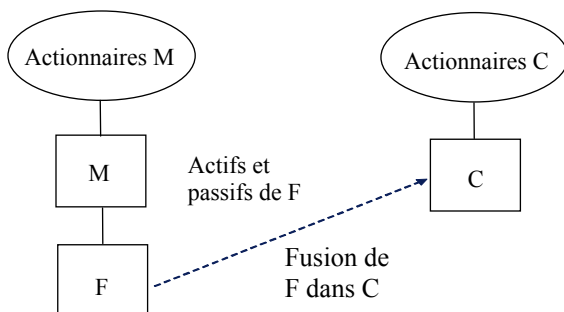
La vente des actions a l'avantage de la simplicité. Le vendeur est imposé sur le gain lors de la vente des actions¹⁰ et l'acheteur obtient un coût fiscal pour les actions égal au prix d'achat¹¹. Le coût fiscal des actifs de la société cible demeure le même.

1.2.1. Fusion triangulaire inversée en argent

L'achat des actions peut également se faire par une fusion triangulaire inversée en argent (*reverse subsidiary cash merger*) où la filiale d'une société mère fusionne dans une société cible et les actifs et le passif de la filiale sont transférés à la société cible en vertu du droit corporatif d'un État. Les actionnaires de la société cible reçoivent de l'argent (ou de l'argent et des billets de la société mère) en échange de leurs actions. La société mère reçoit des actions dans la société cible en échange de ses actions dans la filiale. À la suite de la fusion, la filiale disparaît. Les conséquences fiscales de cette transaction sont les mêmes que celles d'un achat (ou, dans certains cas, d'un rachat) des actions de la cible¹².

Fusion triangulaire inversée en argent

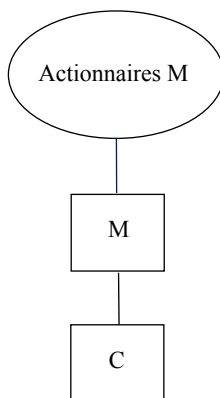
Avant



¹⁰ I.R.C. § 1001(a).

¹¹ I.R.C. § 1011(a).

¹² Voir *Revenue Ruling 79-273*, 1979-2 C.B. 125. Voir également Richard W. HARRIS, « The Advantages and Potential Pitfalls of Taxable Taxable Subsidiary Mergers », (1999), vol. 26 *Journal of Corporate Taxation*, p. 212.

Fusion triangulaire inversée en argent**Après****1.3. ACQUISITION IMPOSABLE D'ACTIONS D'UNE SOCIÉTÉ SELON LA DISPOSITION 338 I.R.C.**

Lors d'une acquisition imposable d'actions, l'acheteur achète les actions de la société cible en échange d'une contrepartie. Si l'acheteur est un individu, il doit ensuite liquider la société cible afin d'obtenir un coût fiscal majoré dans les actifs, et la société cible devra alors reconnaître un gain lors de la distribution de liquidation¹³. Puisque l'acheteur a un coût fiscal dans les actions équivalant à la valeur marchande de l'entreprise, il ne reconnaîtra généralement pas de gain lors de la distribution de liquidation¹⁴.

Cependant, si l'acheteur est une société, la disposition 338 I.R.C. permet à l'acheteur des actions d'obtenir, dans certaines circonstances, un coût fiscal majoré dans les actifs sans avoir à effectuer une liquidation réelle. Toutefois, le choix de la disposition 338(g) I.R.C. provoquera un gain présumé sur les actifs pour la société cible. L'ancienne société sera réputée avoir vendu l'ensemble de ses actifs à une nouvelle cible même si l'acquisition des actions est pour un pourcentage inférieur à 100 %.

¹³ I.R.C. § 334 et 336.

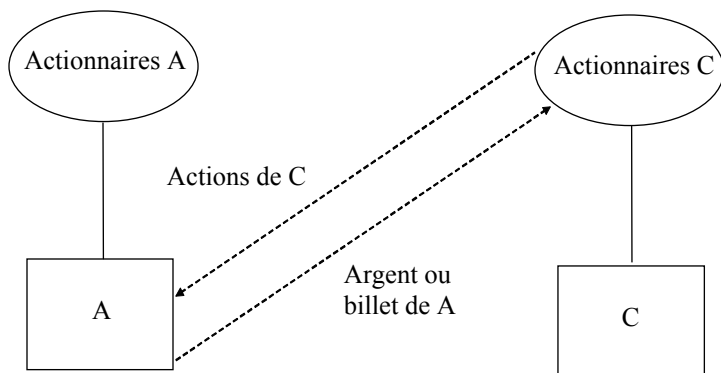
¹⁴ I.R.C. § 331.

Une société acheteuse peut effectuer le choix de la disposition 338 I.R.C. si elle achète au moins 80 % des droits de vote et de la valeur des actions durant une période d'achat de 12 mois¹⁵. Le choix de la disposition 338(g) I.R.C. implique uniquement l'acheteur. Ainsi, le vendeur des actions de la cible est imposé sur la vente comme n'importe quelle autre vente d'actions.

La vente fictive des actifs est présumée être faite à la date de la clôture de la transaction. La société cible peut donc utiliser ses pertes reportées à l'encontre du gain occasionné par ce choix. D'ailleurs, le choix de la disposition 338(g) I.R.C. n'est généralement avantageux que lorsque la cible a des pertes reportées suffisantes pour épouser le gain. Malgré une acquisition de contrôle lors de l'achat des actions de la cible, les pertes reportées peuvent être utilisées à l'encontre du gain engendré par le choix de la disposition 338(g) I.R.C. Par ailleurs, les pertes reportées, les bénéfices et profits¹⁶ et les autres éléments fiscaux de l'ancienne cible ne sont pas transférés à la nouvelle cible (*fresh start rule*).

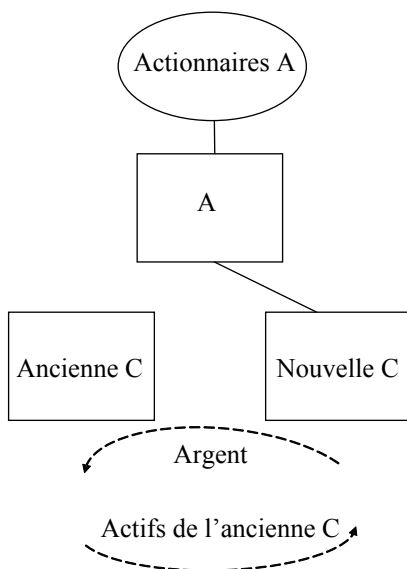
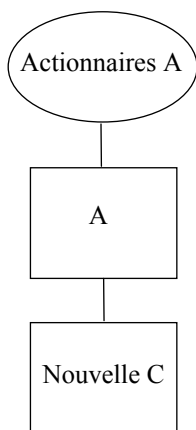
Vente d'actions avec le choix de la disposition 338 I.R.C.

Avant



¹⁵ I.R.C. § 338(d)(3).

¹⁶ Les bénéfices et profits d'une société représentent en quelque sorte des bénéfices non répartis fiscaux qui déterminent si une distribution est soit un dividende, soit un retour en capital ou un gain en capital.

Vente d'actions avec le choix de la disposition 338 I.R.C.**Avant (Suite)****Vente d'actions avec le choix de la disposition 338 I.R.C.****Après**

1.4. ACQUISITION D' ACTIONS SELON LA DISPOSITION 338(h)(10) I.R.C.

Si une société achète les actions d'une filiale d'un groupe consolidé américain, le choix de la disposition 338(h)(10) I.R.C. devient intéressant. Si ce choix est effectué, la société mère de la société cible ne reconnaîtra pas de gain ou de perte sur la vente des actions, mais elle sera, plutôt, présumée avoir vendu les actifs à la société acheteuse¹⁷. Ce choix permet à la société mère de s'imposer à un seul niveau malgré le fait que l'acheteur obtienne un coût fiscal majoré dans les actifs. Le choix de la disposition 338(h)(10) I.R.C. est encore plus attrayant pour l'acheteur si le prix d'achat est réparti à l'encontre d'actifs amortissables ou d'actifs intangibles selon la disposition 197 I.R.C.

Ce choix est possible si la société cible fait partie d'un groupe affilié qui produit une déclaration consolidée (selon les règlements, le choix s'applique également à certains groupes affiliés non consolidés et aux sociétés « S »)¹⁸. Le choix de la disposition 338(h)(10) I.R.C. est effectué conjointement par l'acquéreur et le vendeur. Le choix est avantageux si la société mère vendeuse a un gain important sur les actions de la filiale cible, et la filiale a également un gain important sur ses actifs; le choix est encore plus avantageux si le gain sur les actifs est moins élevé que le gain sur les actions de la filiale. De plus, le groupe qui vend peut vouloir conserver les attributs fiscaux de la filiale tels que des pertes reportées. D'ailleurs, ces pertes reportées peuvent absorber en partie ou en entier le gain engendré par la vente présumée des actifs.

Le choix de la disposition 338(h)(10) I.R.C. est plus fréquent que le choix de la disposition 338(g) I.R.C. puisqu'il n'occasionne pas deux niveaux d'imposition¹⁹.

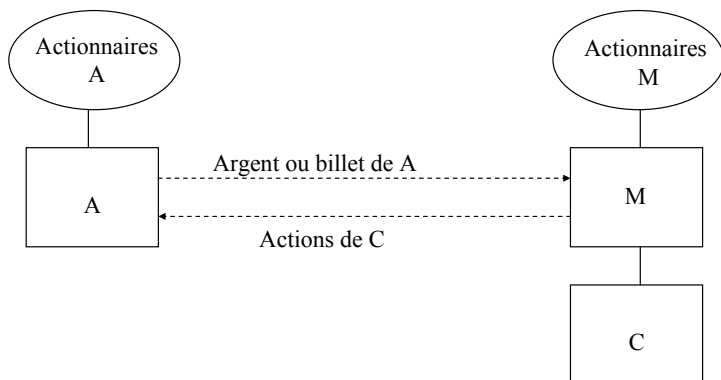
¹⁷ Ce choix est équivalent, sur le plan fiscal, à liquider, sans incidence fiscale, la filiale dans la société mère et à vendre les actifs, ou encore, à vendre les actifs et ensuite à liquider la filiale dans la société mère.

¹⁸ Treas. Reg. 1.338(h)(10)-1(b).

¹⁹ Lorsque le choix de la disposition 338(h)(10) I.R.C. n'est pas disponible, un choix semblable peut être fait en vertu de la disposition 336(e) I.R.C. Par exemple, le choix de la disposition 336(e) I.R.C. est disponible lorsque l'acquéreur de la filiale cible est un individu (ce choix n'est pas disponible selon la disposition 338(h)(10) I.R.C.). Par ailleurs, le choix de la disposition 336(e) I.R.C. est un choix qui vise uniquement le vendeur.

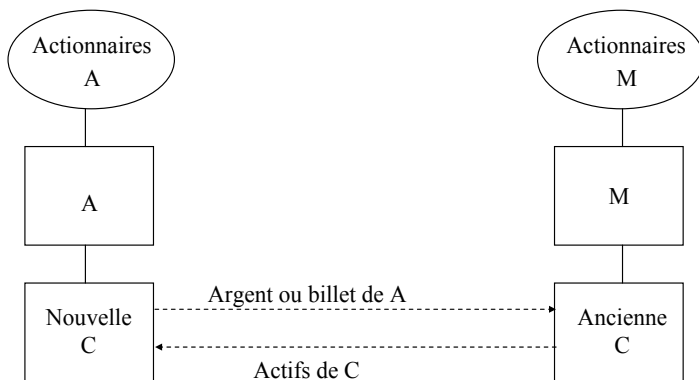
Vente d'actions avec le choix de la disposition 338(h)(10) I.R.C. – Société C

Transaction réelle



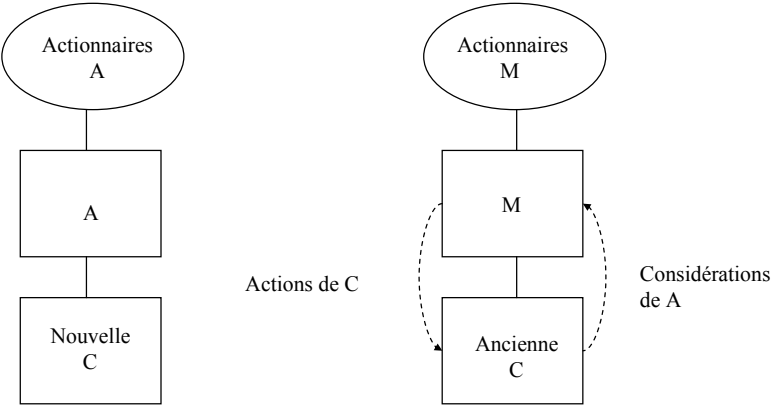
Vente d'actions avec le choix de la disposition 338(h)(10) I.R.C. – Société C

Transaction fictive



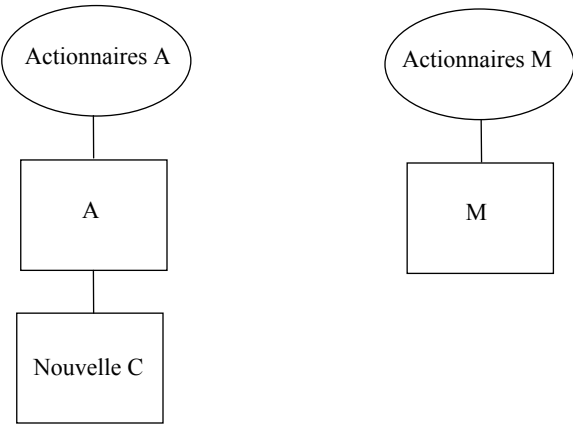
Vente d'actions avec le choix de la disposition 338(h)(10) I.R.C. –
Société C

Transaction fictive (Suite)



Vente d'actions avec le choix de la disposition 338(h)(10) I.R.C. –
Société C

Après



2. ACQUISITION NON IMPOSABLE

Si une transaction se qualifie à titre de « réorganisation », comme prévu à la disposition 368 I.R.C., un gain ou une perte sur une transaction n'est pas reconnu du point de vue de l'actionnaire²⁰ et de la société²¹. La non-reconnaissance du gain ou de la perte se reflète par un roulement du coût des biens reçus par l'actionnaire²² ou par la société²³. Le gain ou la perte sera donc reconnu lors de la disposition subséquente du bien. Les règles de réorganisation n'impliquent pas un choix de la part des parties concernées. En d'autres mots, elles s'appliquent automatiquement lorsque les conditions sont respectées.

2.1. CONDITIONS GÉNÉRALES À RESPECTER LORS D'UNE RÉORGANISATION

Bien qu'il existe plusieurs types de réorganisations, certaines conditions sont applicables à toutes les réorganisations. Lors d'une réorganisation, la non-reconnaissance du gain présuppose une « continuité de l'investissement » sous une autre forme. Elle suppose ainsi quatre conditions non statutaires : premièrement, une continuité d'une participation dans l'avoir; deuxièmement, une continuité dans l'exploitation d'une entreprise commerciale; troisièmement, la transaction doit avoir un but commercial; et finalement, il est nécessaire d'examiner la série d'opérations liée à la transaction.

Premièrement, il doit y avoir une continuité d'une participation dans l'avoir. L'Internal Revenue Service exige que l'ensemble des actionnaires de la cible reçoive des actions dans l'acquéreur qui représentent au moins 50 % de la valeur des anciennes actions qu'ils détenaient dans la cible²⁴. Par contre, la Cour suprême des États-Unis a déjà accepté une participation dans l'acquéreur qui représentait 38 % de la valeur des actions de la cible²⁵.

²⁰ I.R.C. § 354 et 356.

²¹ I.R.C. § 361.

²² I.R.C. § 358.

²³ I.R.C. § 362.

²⁴ Treas. Reg. 1.368-1(e)(6), exemple 1. Voir également *Revenue Procedure* 77-37, 1977-2 C.B. 568.

²⁵ *John A. Nelson v. Helvering*, 296 U.S. 374 (1935) (ci-après « *John A. Nelson* »). Le test de la continuité de la participation dans l'avoir est pertinent principalement pour (à suivre...)

Deuxièmement, il doit y avoir une continuité de l'entreprise commerciale après l'acquisition. Les règlements exigent que la société qui acquiert continue l'ancienne entreprise de la cible ou utilise une portion importante des anciens actifs de la cible.

Troisièmement, la non-reconnaissance du gain suppose que la transaction a un but commercial. Le test du but commercial découle de la cause *Gregory v. Helvering*²⁶. Dans cette cause, la Cour suprême détermina que le fait de ne pas avoir de but commercial allait à l'encontre du but des règles de réorganisation puisque la transaction n'était effectuée que pour éviter l'impôt. Le principe de la cause *Gregory* se retrouve maintenant dans les règlements sur les réorganisations.

Quatrièmement, selon la doctrine de la série d'opérations (*step transaction*), plusieurs étapes séparées peuvent être regroupées comme s'il s'agissait d'une seule transaction. En général, les tribunaux ont appliqué trois variantes de cette doctrine : le test de l'engagement ferme, le test de l'interdépendance mutuelle et le test du résultat final.

Le premier test évalue si au moment de la transaction il y avait un engagement ferme de procéder aux étapes subséquentes²⁷. Le test de l'interdépendance mutuelle évalue si les relations juridiques créées par la transaction initiale seraient inutiles sans les transactions subséquentes²⁸. Le troisième test, celui du résultat final, examine si les parties avaient prévu les différentes étapes comme un tout intégré dès le départ afin d'arriver à un résultat final précis.

(...suite)

les réorganisations de type A. Bien que ce test s'applique en théorie aux réorganisations de type B et C, les exigences statutaires de ces types de réorganisations font en sorte que le test devrait généralement être déjà respecté.

²⁶ 293 U.S. 465 (1935) (ci-après « *Gregory* »).

²⁷ *Intermountain Lumber Co. v. Commissioner*, 65 T.C. 1025 (1976); *McDonald's Restaurants of Illinois, Inc. v. Commissioner*, 688 F.2d 520 (7th Circuit, 1982).

²⁸ *American Bantam Car Co. v. Commissioner*, 11 T.C. 397 (1948), aff'd per curiam 177 F.2d 513 (3rd Cir. 1949), cert. denied 339 U.S. 920 (1950).

2.1.1. Fusion ou consolidation de type A

Dans une consolidation, deux sociétés transfèrent leurs actifs et passifs à une nouvelle société. Les anciennes sociétés sont dissoutes en vertu du droit corporatif de l'État.

Dans une fusion, une société acquiert les actifs et le passif de la société cible et la société cible est dissoute en vertu du droit corporatif de l'État. Les actionnaires de la cible reçoivent généralement des actions dans l'acquéreur en échange de leurs actions dans la cible. Toutefois, les actionnaires de la cible peuvent également recevoir des contreparties autres que des actions dans l'acquéreur.

D'un point de vue fiscal, on considère une fusion comme si l'acquéreur avait payé pour les actifs de la cible en prenant en charge la dette de la cible, en échangeant ses actions à la cible ou avec une contrepartie autre qu'en actions. Ensuite, on considère que les actions de l'acquéreur ou les autres contreparties ont été distribuées lors de la liquidation de la cible.

Une fusion segmentée (*divisive merger*) est une fusion selon les lois de l'État où les actifs de la cible sont transférés entre au moins deux sociétés. Une fusion segmentée ne se qualifie pas comme une réorganisation de type A lorsque seulement certains des actifs sont transférés à l'acquéreur et que la cible n'est pas dissoute²⁹. Le transfert des actifs et du passif de la cible à deux acquéreurs (les actionnaires de la cible recevant des actions des deux sociétés qui acquièrent) ne se qualifie pas, non plus, comme une réorganisation de type A.

La fusion d'une société cible dans une filiale, qui est une *limited liability company* (ci-après « LLC »)³⁰, peut se qualifier de réorganisation de type A selon les règlements temporaires³¹. À l'opposé, la fusion d'une filiale LLC dans une société qui acquiert ne peut se qualifier de réorganisation de type A si l'ancienne société mère de la LLC n'est pas dissoute. Ce type de fusion est

²⁹ *Revenue Ruling* 2000-5, 2000-1 C.B. 436 (situation 1).

³⁰ Dans cet exemple, la LLC est une entité ignorée qui est détenue par sa société mère. En d'autres mots, elle est traitée comme une succursale de sa société mère puisqu'elle n'a pas fait le choix d'être traitée comme une société. Voir Y.-A. GRONDIN et J. MEADOW, *loc. cit.*, note 1.

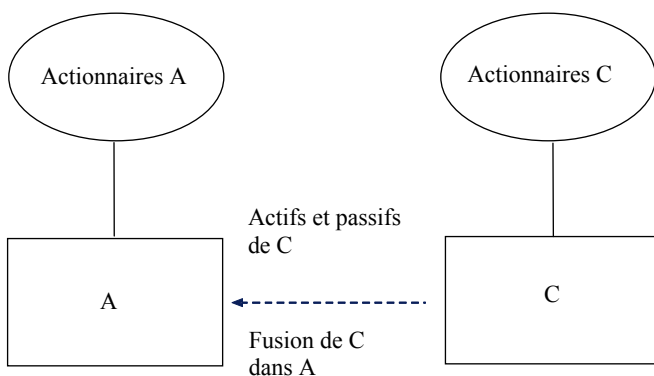
³¹ Treas. Reg. 1.368-2T(b)(1)(iv), exemple 2.

considéré comme une fusion segmentée puisque les actifs de l'ancienne société mère de la LLC ne sont pas transférés à la société qui acquiert.

Tel qu'il a été indiqué précédemment, pour qu'une réorganisation soit non imposable, il doit y avoir une continuité de la participation dans l'avoir. Dans le cadre d'une réorganisation de type A, l'Internal Revenue Service exige que 50 % de la valeur des contreparties reçues par les actionnaires de la cible représente du capital-actions dans l'acquéreur. Les tribunaux semblent moins conservateurs que l'Internal Revenue Service puisqu'ils ont déjà accepté 38 %³².

Réorganisation A

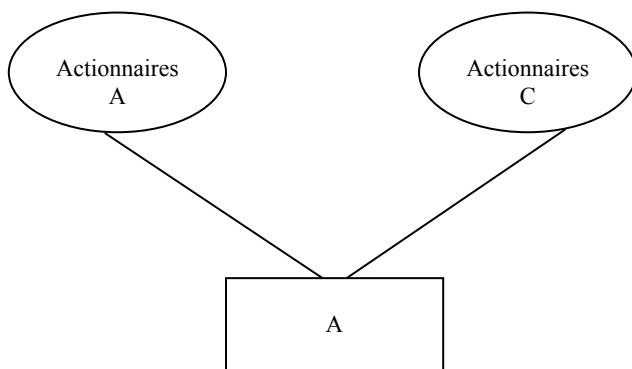
Avant



³² John A. Nelson, précité, note 25.

Réorganisation A

Après



2.1.2. Réorganisation de type B

Dans une réorganisation de type B, seules les actions de l'acquéreur (ou de sa société mère) sont permises comme contrepartie. Aucune contrepartie autre que des actions votantes ne peut être utilisée afin d'acquérir les actions de la société cible. Après la transaction, la société qui acquiert doit détenir au moins 80 % des votes et au moins 80 % de chaque catégorie d'actions non votantes de la société cible. Il n'est pas nécessaire que l'acquéreur acquière 80 % des actions au moment de la transaction; il suffit qu'il détienne 80 % des actions à la suite de la transaction. Après la transaction, l'acquéreur doit détenir la totalité ou presque des actifs de la société cible³³.

Par ailleurs, les règlements indiquent qu'une série de transactions dans une courte durée de temps (par exemple, un an) peut se qualifier à titre de réorganisation de type B³⁴. Une société pourrait, par exemple, acquérir 30 % des actions de la société et, six mois plus tard, acquérir un autre 50 % des actions de la société (en échange des actions votantes de l'acquéreur dans les deux cas). Les deux transactions seraient considérées ensemble comme une réorganisation de type B. Si les deux transactions sont trop éloignées dans le

³³ La totalité ou presque veut dire au moins 90 % de la JVM des actifs nets et 70 % de la valeur des actifs bruts. Cette règle empêche la cible de vendre une partie importante de ses actifs à des tiers avant la transaction avec l'acquéreur.

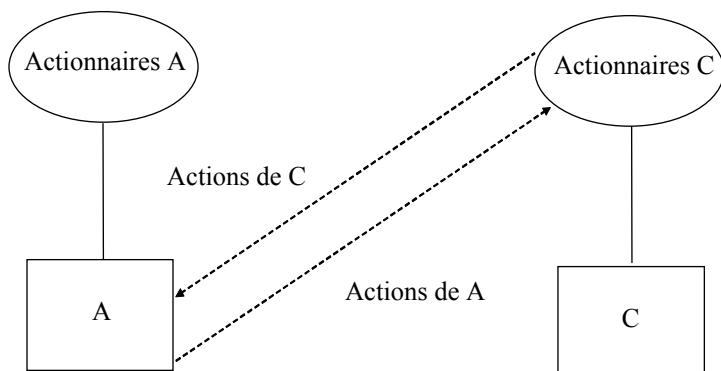
³⁴ Treas. Reg. 1.368-2(c).

temps, seule la deuxième transaction se qualifierait comme une réorganisation de type B³⁵.

L'acquisition du contrôle à 80 % peut se qualifier comme réorganisation de type B même si l'acquéreur a acquis des actions contre de l'argent dans une transaction indépendante précédente qui est suffisamment éloignée dans le temps (on dit souvent que la transaction précédente doit être « vieille et froide »)³⁶.

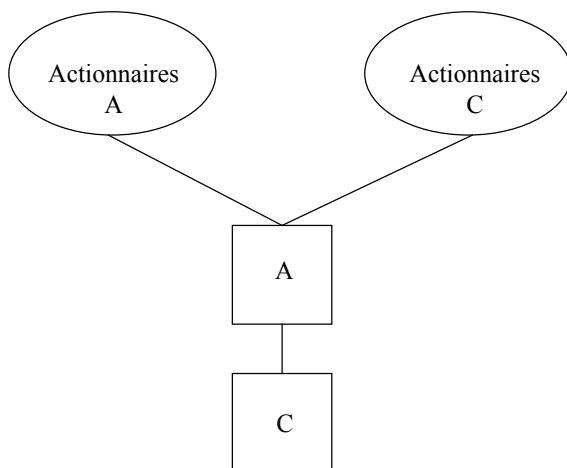
Réorganisation B

Avant



³⁵ On parle alors d'un *creeping B reorganization*.

³⁶ *Chapman v. Commissioner*, 618 F.2d 856 (1st Cir.1980), cert. denied 451 U.S. 1012 (1981).

Réorganisation B**Après****2.1.3. Réorganisation de type C**

Dans une réorganisation de type C, seules les actions votantes de l'acquéreur (ou de sa société mère) sont permises à titre de contrepartie. Après la transaction, l'acquéreur doit détenir la totalité ou presque des actifs de la société cible. La totalité ou presque veut dire au moins 90 % de la JVM des actifs nets (c'est-à-dire des actifs bruts moins la dette prise en charge) et 70 % de la valeur des actifs bruts³⁷. Selon le plan de réorganisation, la société cible est liquidée et doit distribuer aux actionnaires la contrepartie reçue ainsi que tout autre actif restant.

Bien qu'en principe, seules des actions votantes soient permises à titre de contrepartie, deux exceptions à cette règle s'appliquent. Premièrement, l'acquéreur peut prendre en charge une partie ou la totalité de la dette de la

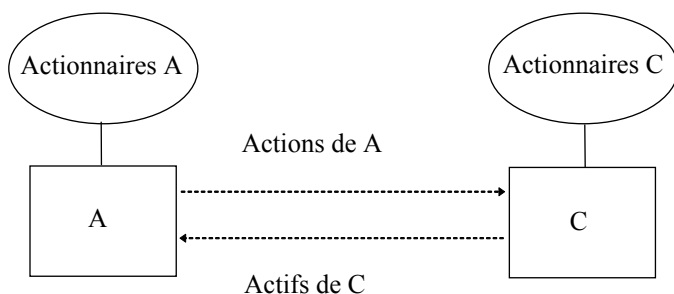
³⁷ Le but de l'exigence que la totalité ou presque des actifs soit transférée est de s'assurer que la transaction ne divise pas l'entreprise en deux. Les réorganisations qui divisent une entreprise sont régies par la disposition 355 I.R.C. Voir *Revenue Ruling 57-518*, 1957-2 C.B. 253. Puisque ces transactions ne sont pas acquisesitives, elles ne seront pas traitées dans cet article.

cible à condition que le reste de la contrepartie offerte soit des actions votantes.

Deuxièmement, une exception permet d'offrir une contrepartie autre que des actions votantes dans une réorganisation de type C, mais uniquement si 80 % de la valeur marchande des actifs bruts a été acquise contre des actions votantes³⁸. En pratique, cette deuxième exception est peu utilisée dans une réorganisation de type C, étant donné que le passif pris en charge représente souvent plus de 20 % de la valeur marchande des actifs bruts (aux fins du test de 80 %, le passif pris en charge est considéré comme une contrepartie autre que des actions votantes).

Réorganisation C

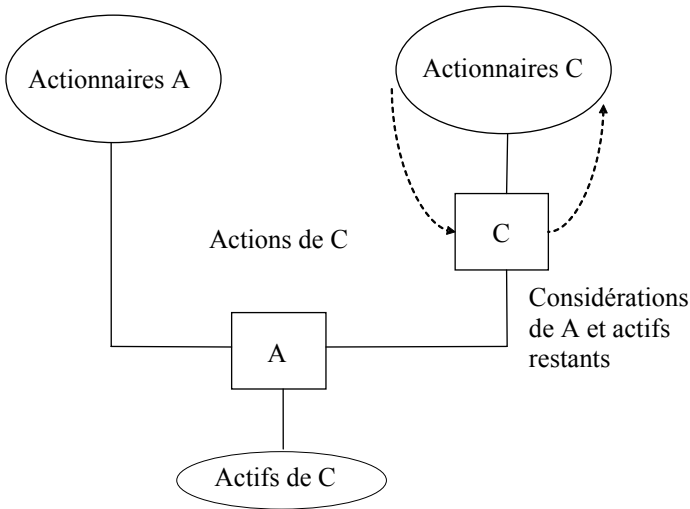
Avant



³⁸ I.R.C. § 368(a)(2)(B). Cette règle est souvent appelée *boot relaxation rule*.

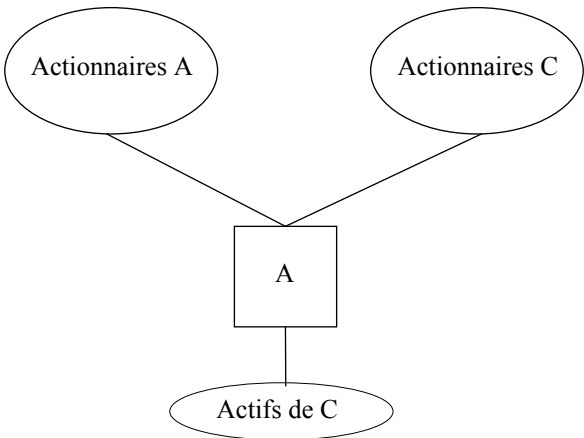
Réorganisation C

Avant (Suite)



Réorganisation C

Après



2.1.4. Transfert des actifs à une filiale à la suite d'une réorganisation de type A, B ou C

La disposition 368(a)(2)(C) I.R.C. permet à un acquéreur, à la suite d'une réorganisation de type A, B ou C, de transférer une partie ou la totalité des actifs ou des actions à une filiale contrôlée à 80 % sans aller à l'encontre des critères de la continuité de l'entreprise commerciale ou de la continuité d'une participation dans l'avoir³⁹.

Pour arriver au même résultat que le transfert des actifs, l'acquéreur peut opter plutôt pour une réorganisation triangulaire.

2.1.5. Réorganisations triangulaires

Une réorganisation triangulaire fait référence à une réorganisation de type A, B ou C dans laquelle les actions ou les actifs de la cible sont achetés en échange d'actions de la société mère de l'acquéreur. Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, une réorganisation triangulaire accompli, en une seule étape, le même résultat qu'un transfert des actifs ou des actions de la cible à une filiale à la suite d'une réorganisation de type A, B ou C.

Les réorganisations de type B et de type C permettent que les actions ou les actifs soient achetés en échange d'actions de la société mère de l'acquéreur.

Dans une réorganisation de type A, deux réorganisations triangulaires sont permises : une fusion triangulaire selon la disposition 368(a)(2)(D) I.R.C. et une fusion triangulaire inversée selon la disposition 368(a)(2)(E) I.R.C.

2.1.5.1. Fusion triangulaire en vertu de la disposition 368(a)(2)(D) I.R.C. (*forward triangular merger*)

Pour se qualifier comme une fusion triangulaire en franchise d'impôt selon la disposition 368(a)(2)(D) I.R.C., les conditions suivantes doivent être respectées : lors de la fusion de la société cible dans la filiale, la filiale doit acquérir la totalité ou presque des actifs de la société cible⁴⁰, les actionnaires

³⁹ Voir également Treas. Reg. 1.368-2(k)(2). On appelle souvent ce transfert des actifs à la filiale un *drop down of assets*.

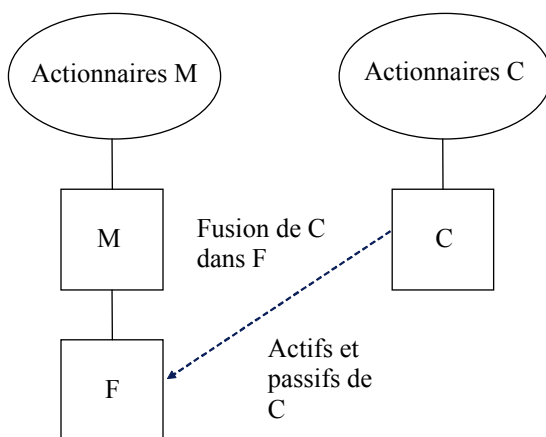
⁴⁰ Cette condition est semblable à celle d'une réorganisation de type C.

de la société cible reçoivent des actions de la société mère; aucune action de la filiale ne doit être utilisée. Toutefois, l'utilisation de titres de créances de la filiale n'est pas défendue⁴¹.

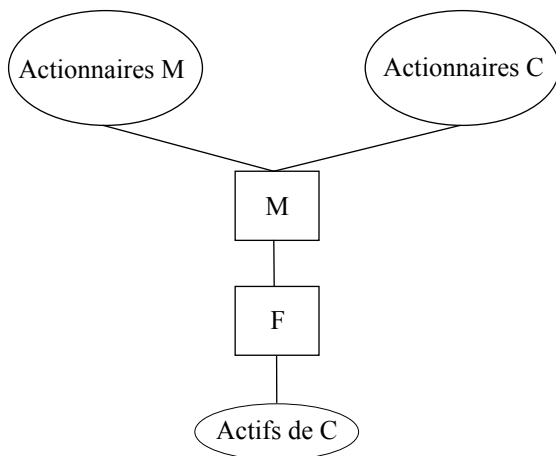
Par ailleurs, la transaction se qualifierait comme une réorganisation de type A si la société cible avait fusionné avec la société mère directement. Ainsi, les actionnaires de la cible doivent continuer leur participation dans l'avoir de la société mère afin de remplir le critère de la continuité d'une participation dans l'avoir.

Réorganisation selon la disposition 368(a)(2)(D) I.R.C.

Avant



⁴¹ Si une filiale est constituée uniquement aux fins de l'acquisition, la réorganisation sera réputée être de type A et non de type C puisqu'on ignorera la création de la nouvelle filiale. *Revenue Ruling* 72-405, I.R.B. 1972-2 C.B. 217.

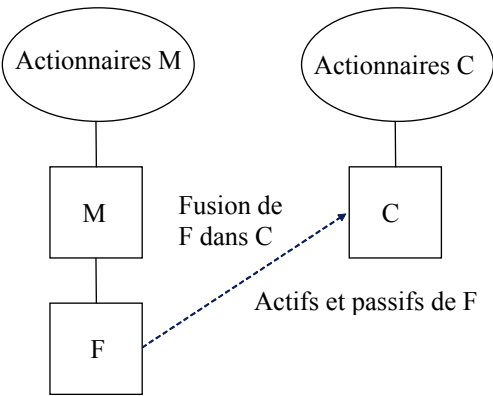
Réorganisation selon la disposition 368(a)(2)(D) I.R.C.**Après****2.1.5.2. Fusion triangulaire inversée selon la disposition 368(a)(2)(E) I.R.C. (reverse subsidiary merger)**

Pour se qualifier comme une fusion triangulaire inversée en franchise d'impôt selon la disposition 368(a)(2)(E) I.R.C., les conditions suivantes doivent être respectées : après la fusion de la filiale dans la société cible, la société cible doit détenir la totalité ou presque des biens de la filiale et de ses propres biens (autres que les actions de la société mère distribuées lors de la transaction et de la contrepartie autre qu'en actions utilisée afin d'acquérir les actions des actionnaires minoritaires); dans la transaction, la société mère doit acquérir un contrôle d'au moins 80 % des actions votantes et d'au moins 80 % de chaque catégorie d'actions non votantes de la société cible en échange d'actions de la société mère. Les autres actions peuvent être achetées en argent ou en échange d'un autre type de contrepartie autre qu'en actions.

Par ailleurs, il convient de souligner que le contrôle de 80 % doit être acquis entièrement lors de la transaction (contrairement à une réorganisation de type B où le contrôle peut être acquis graduellement).

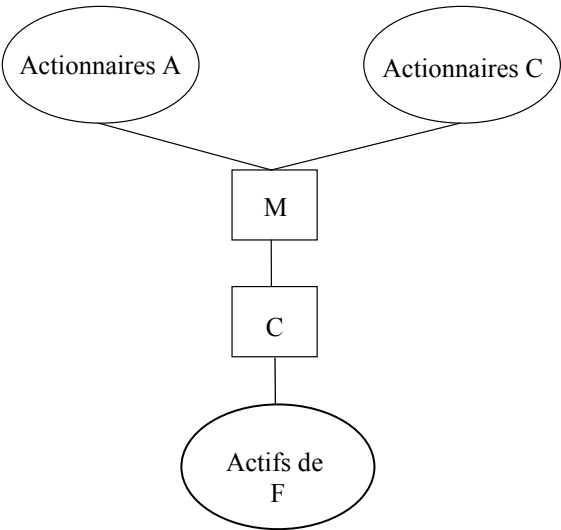
Réorganisation selon la disposition 368(a)(2)(E) I.R.C.

Avant



Réorganisation selon le sous-alinéa (a)(2)(E) I.R.C.

Après



2.1.6. Réorganisation-achat de type D (*Acquisitive D*)

Dans une réorganisation de type D, une société cible transfère une partie ou la totalité de ses actifs à un acquéreur qu'elle contrôle après la transaction. La société cible reçoit des actions et des titres (et, parfois, d'autres contreparties) de l'acquéreur. La société cible distribue ensuite les actions ou les titres de l'acquéreur aux actionnaires de la cible. Cette distribution peut soit diviser l'entreprise en vertu de la disposition 355 I.R.C., soit ne pas diviser l'entreprise selon la disposition 354 I.R.C. Puisque les réorganisations de type D divisant une entreprise ne sont généralement pas utilisées pour effectuer l'acquisition d'une entreprise, nous ne nous attarderons pas à ce type de réorganisation.

Une réorganisation-achat de type D exige que la cible contrôle 50 % des actions votantes ou 50 % de la valeur de toutes les actions de l'acquéreur immédiatement après le transfert. De plus, l'acquéreur doit détenir la totalité ou presque des actifs de la cible; la cible doit distribuer les actions, les titres ou les autres contreparties reçus de l'acquéreur; la cible doit également distribuer tous les actifs qu'il lui reste⁴². En d'autres mots, la cible disparaît puisqu'elle doit distribuer tous ses actifs.

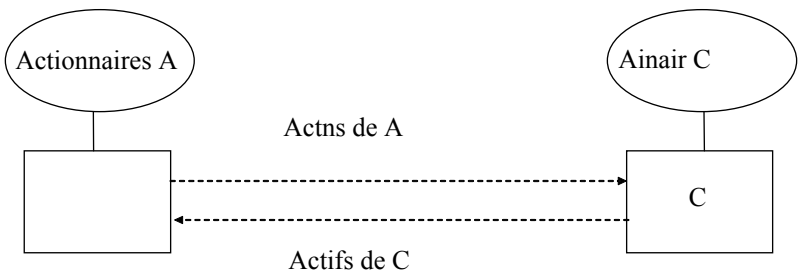
Une réorganisation-achat de type D ressemble quelque peu à une réorganisation de type C puisque dans les deux cas la société cible transfère ses actifs à l'acquéreur, généralement, en échange d'actions de l'acquéreur. Par contre, lorsqu'une réorganisation se qualifie à la fois selon la disposition 368(a)(1)(C) I.R.C. et selon la disposition 368(a)(1)(D) I.R.C., la réorganisation sera uniquement considérée comme une réorganisation de type D⁴³.

⁴² I.R.C. § 354(b)(1).

⁴³ I.R.C. § 368(a)(2)(A).

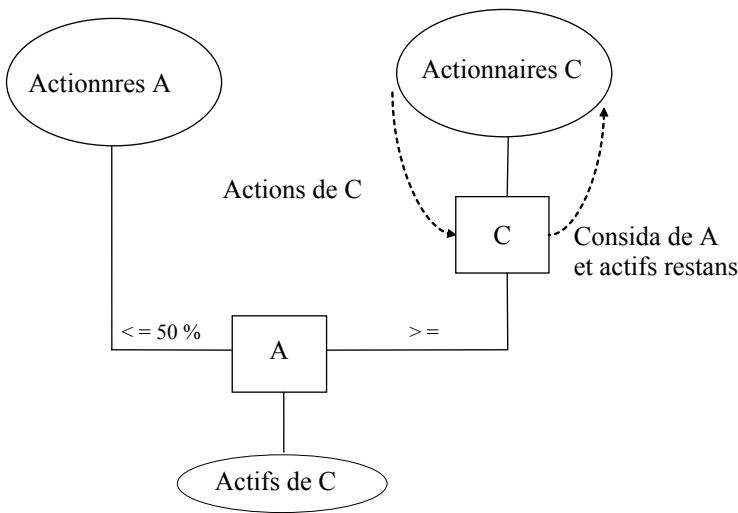
Réorganisation D
(ne divisant pas une entreprise)

Avant



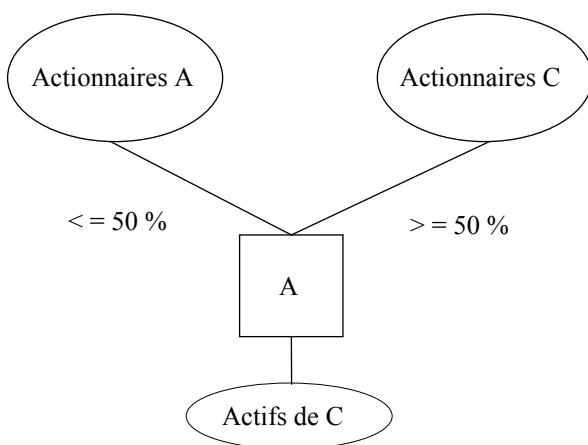
Réorganisation D
(ne divisant pas une entreprise)

Avant (Suite)



Réorganisation D (ne divisant pas une entreprise)

Après



2.2. CONSÉQUENCES FISCALES POUR LES ACTIONNAIRES DE LA SOCIÉTÉ CIBLE

Les actionnaires de la société cible ne reconnaissent pas de gain dans un échange des actions de la société cible uniquement en contrepartie des actions de l'acquéreur⁴⁴.

Les actionnaires de la société cible ne reconnaîtront pas, non plus, un gain lors d'un échange de titres dans la société cible en contrepartie de titres dans l'acquéreur dans la mesure où les titres reçus ont une valeur égale ou inférieure aux titres transférés. Si les titres reçus ont une valeur supérieure, l'excédent sera considéré comme une contrepartie autre que des actions ou des titres (*boot*).

Le gain réalisé par les actionnaires de la cible, lors de la transaction, doit être reconnu jusqu'à concurrence de la JVM de la contrepartie autre que des actions ou des titres⁴⁵. En général, une perte ne pourra pas être reconnue⁴⁶.

⁴⁴ I.R.C. § 354(a)(1).

⁴⁵ I.R.C. § 356(a).

⁴⁶ I.R.C. § 356(c).

Pour l'actionnaire de la société cible, le gain est alors considéré comme un dividende (jusqu'à concurrence de sa part des profits accumulés dans la société cible) dans la mesure où il a des effets semblables à une distribution⁴⁷. Si le gain n'est pas un dividende, il sera alors considéré comme un gain en capital.

Les actions privilégiées non admissibles reçues seront généralement considérées comme une contrepartie autre que des actions ou des titres. Il existe certaines exceptions à cette règle. Par exemple, des actions privilégiées peuvent être reçues en échange d'autres actions privilégiées non admissibles. Elles peuvent également être reçues en échange de titres d'une valeur au moins égale à leur valeur. Les actions privilégiées non admissibles comprennent des actions privilégiées rachetables au gré du détenteur et des actions privilégiées dont le taux de dividende varie en fonction du taux d'intérêt⁴⁸.

En vertu de la disposition 358 I.R.C., le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions et des titres de créance reçus sera égal au PBR des actions transférées, plus le dividende ou autre gain reconnu moins la contrepartie autre que des actions ou des titres reçus. Le coût de la contrepartie reçue autre que des actions ou des titres sera égal à la juste valeur du bien au moment du transfert.

⁴⁷ I.R.C. § 356(a)(2). Les principes de la disposition 302 I.R.C. s'appliquent alors à la distribution afin de déterminer s'il s'agit d'un gain en capital. Selon la disposition 302(b) I.R.C., un rachat est considéré comme un échange qui constitue généralement un gain ou une perte en capital si l'une des conditions suivantes s'applique : le rachat n'équivaut pas essentiellement à un dividende; le rachat n'est pas disproportionné de façon importante; toutes les actions de l'actionnaire sont rachetées; le rachat est effectué par un actionnaire qui n'est pas une société dans le cadre d'une liquidation partielle; la distribution est un rachat d'actions qui permet d'acquitter l'impôt sur les successions en vertu de la disposition 303 I.R.C. Si aucun de ces tests n'est respecté, le rachat est considéré comme une distribution en vertu de la disposition 301 I.R.C. et donc imposable comme un dividende jusqu'à l'épuisement des bénéfices de la société. La différence de traitement entre un dividende et un gain en capital est moins importante aujourd'hui puisque le taux maximum d'imposition de 15 % s'applique maintenant aux deux types de revenus (et non uniquement au gain en capital).

⁴⁸ Voir la définition d'actions privilégiées non admissibles à la disposition 351(g)(2) I.R.C. Voir aussi les dispositions 354(a)(2)(C)(i) et 356(e) I.R.C.

2.3. CONSÉQUENCES FISCALES POUR LA SOCIÉTÉ CIBLE

2.3.1. Conséquences de l'échange

Dans le cadre d'un plan de réorganisation, la société cible ne reconnaît pas de gain ou de perte lors d'un échange de biens lorsque la contrepartie consiste en des actions ou en des titres de créance de l'acquéreur⁴⁹. Si la société cible reçoit une contrepartie autre que des actions ou des titres, elle doit reconnaître le gain réalisé (mais non la perte) jusqu'à concurrence du montant de la contrepartie autre que des actions ou des titres qui n'est pas distribué dans le cadre du plan de réorganisation⁵⁰. Généralement, la prise en charge de dettes par l'acquéreur n'est pas considérée comme une contrepartie autre que des actions ou des titres⁵¹.

2.3.2. Conséquences de la distribution

Lorsque la société cible distribue des biens admissibles dans le cadre d'un plan de réorganisation, elle ne reconnaît pas de gain ou de perte. Les actions de l'acquéreur et les titres reçus dans le cadre de la réorganisation se qualifient comme biens admissibles. Tout bien non admissible engendre pour la société cible un gain (mais non une perte) comme si le bien avait été vendu à la JVM⁵².

Une contrepartie reçue autre que des actions ou des titres dans le cadre d'une réorganisation et qui est immédiatement distribuée ne devrait généralement pas engendrer un gain additionnel pour la cible lors de sa distribution puisque le bien vient tout juste d'être acquis par celle-ci.

2.4. CONSÉQUENCES FISCALES POUR LA SOCIÉTÉ QUI ACQUIERT

L'acquéreur ne reconnaît pas de gain lorsqu'il émet des actions (ou celles de sa société mère) ou des titres de créance lors d'une réorganisation

⁴⁹ I.R.C. § 361(a).

⁵⁰ I.R.C. § 361(b)(1)(A).

⁵¹ Voir cependant les exceptions des dispositions 357(a) et 357(b) I.R.C.

⁵² I.R.C. § 361(c)(1) et 361(c)(2).

acquisitive⁵³. Par contre, si l'acquéreur transfère d'autres biens lors d'une réorganisation, il doit alors reconnaître un gain ou une perte sur ces biens⁵⁴.

La disposition 362(b) I.R.C. indique que le coût fiscal des actions ou des actifs pour l'acquéreur sera égal au coût fiscal pour le vendeur plus, le cas échéant, le gain réalisé par celui-ci.

3. RÉORGANISATION DANS UN CONTEXTE TRANSFRONTALIER

Lorsque nous sommes en présence d'une réorganisation transfrontalière, les dispositions 367(a) et 367(b) I.R.C. viennent modifier les règles décrites précédemment.

La disposition 367(a) I.R.C. s'applique aux transactions qui impliquent un transfert d'actifs des États-Unis vers l'étranger (*outbound*). La disposition 367(b) I.R.C. s'applique aux transferts d'actifs d'un contribuable étranger à un contribuable américain et également aux transferts d'actifs d'un contribuable étranger à un autre contribuable étranger.

3.1. TRANSFERTS DE BIENS VERS L'ÉTRANGER (*OUTBOUND*)

En règle générale, la disposition 367(a) I.R.C. prévoit que dans le cadre de certaines réorganisations, un gain devra être reconnu lorsqu'une personne américaine transfère des biens à une entité étrangère. En effet, la disposition 367(a) I.R.C. prévoit que l'acquéreur étranger ne sera pas traité comme une société aux fins d'appliquer les règles de réorganisation à l'encontre d'un bien ayant pris de la valeur. En d'autres mots, le gain sur la vente d'un bien ne sera pas différé même si la transaction se qualifie autrement comme une réorganisation.

Par exemple, dans le cadre d'une réorganisation de type C, le vendeur devra reconnaître un gain lorsque l'acquéreur est une société étrangère. Ainsi, la disposition 368(a)(1)(C) I.R.C. ne s'appliquera pas pour la vente des actifs ayant pris de la valeur. Un gain sera donc reconnu selon la disposition 1001 I.R.C. Par contre, la disposition 367(a) I.R.C. n'empêche pas l'application des règles de roulement à l'encontre d'actifs ayant perdu de la valeur. En d'autres mots, une réorganisation de type C impliquant un transfert d'actifs engendrera le refus des pertes sur les biens ayant perdu de

⁵³ I.R.C. § 1032(a); Treas. Reg. 1.61-12(c)(1).

⁵⁴ Ce gain n'augmente pas le coût des biens reçus par l'acquéreur.

la valeur mais une reconnaissance des gains sur les actifs ayant pris de la valeur.

3.1.1. L'exception de l'entreprise active étrangère

L'exception principale à l'application de la disposition 367(a) I.R.C. prévoit, si certaines conditions sont respectées⁵⁵, que la société sera considérée comme une société aux fins d'appliquer les règles de roulement lorsque les biens transférés sont utilisés dans une entreprise active exploitée à l'extérieur des États-Unis.

3.1.2. L'exception pour les actions et les valeurs mobilières

En général, si une personne américaine⁵⁶ transfère, dans le cadre d'une réorganisation, des actions ayant pris de la valeur d'une société étrangère à une autre société étrangère, le gain pourra ne pas être reconnu si le transféreur américain détient moins de 5 % des actions ou s'il signe un contrat de reconnaissance de gain d'une durée de cinq ans (*gain recognition agreement* ou GRA).

Un contrat de reconnaissance de gain oblige le transféreur à reconnaître le gain non reconnu s'il dispose des actions pendant la période du contrat. Il devra également payer de l'intérêt sur l'impôt qu'il aurait payé s'il avait reconnu le gain au moment du transfert initial des actions.

En général, lorsqu'une personne américaine transfère les actions ou les titres d'une société cible américaine à une société étrangère, le gain sur la transaction sera reconnu en vertu de la disposition 367(a) I.R.C. Toutefois, un gain ne sera pas reconnu lorsque les quatre conditions suivantes sont réunies :

- premièrement, des vendeurs américains ne doivent pas recevoir ensemble plus de 50 % des votes et de la valeur des actions émises de l'acquéreur⁵⁷;

⁵⁵ Il est nécessaire de respecter certains tests pour pouvoir profiter de cette exemption. Voir la disposition § 367(a)(3) I.R.C.; Treas. Reg. 1.367(a)-2T(b) et 1.367(a)-4T.

⁵⁶ Dans le présent contexte, une personne américaine comprend, entre autres, une société américaine, un individu résidant aux États-Unis et un citoyen américain. Voir la disposition 7701(a)(30) I.R.C.

⁵⁷ Treas. Reg. 1.367(a)-3(c)(1)(i). Ce premier test de 50 % considère uniquement les actionnaires de la cible qui ont échangé leurs actions contre des actions de l'acquéreur.

- deuxièmement, immédiatement après le transfert, des personnes américaines qui étaient des actionnaires détenant plus de 5 % des actions de la société cible, des dirigeants ou des administrateurs de la société cible américaine ne doivent pas détenir plus de 50 % des votes et de la valeur des actions de l'acquéreur⁵⁸;
- troisièmement, le vendeur ne doit pas détenir 5 % ou plus des actions de l'acquéreur ou sinon, il doit signer un contrat de reconnaissance de gain avec l'Internal Revenue Service⁵⁹;
- quatrièmement, l'acquéreur étranger doit avoir exploité une entreprise à l'extérieur des États-Unis pendant une période d'au moins 36 mois et la JVM de l'acquéreur doit être égale ou supérieure à celle de la société cible au moment de la transaction.

3.2. TRANSFERTS INTERNATIONAUX DE BIENS QUI NE VONT PAS VERS L'ÉTRANGER

Le but principal de la disposition 367(b) I.R.C. est d'assurer que les profits étrangers d'une filiale étrangère soient assujettis à l'imposition américaine lorsque des réorganisations ont pour effet de rapatrier ces profits aux États-Unis. La disposition 367(b) I.R.C. empêche également qu'une société mère américaine convertisse un revenu ordinaire gagné par une filiale étrangère en un gain en capital en vendant les actions de la filiale. Lorsqu'il s'applique, la disposition 367(b) I.R.C. oblige généralement une société mère américaine à s'imposer sur un dividende présumé.

La disposition 367(b) I.R.C. s'applique à certaines réorganisations n'impliquant que des sociétés étrangères, à certaines réorganisations qui divisent des sociétés lorsqu'une des sociétés impliquées est étrangère et lorsque des actifs sont rapatriés aux États-Unis dans le cadre d'une réorganisation.

En général, une réorganisation visant deux sociétés étrangères n'engendre pas la reconnaissance d'un revenu. Par exemple, si USCO, une société américaine, est actionnaire dans une société étrangère et que les actifs

⁵⁸ Treas. Reg. 1.367(a)-3(c)(1)(ii). Ce deuxième test de 50 % considère tous les actionnaires qui détiennent des actions dans l'acquéreur après la réorganisation. En d'autres mots, il considère également les actions acquises avant la réorganisation.

⁵⁹ Treas. Reg. 1.367(a)-3(c)(1)(iii).

de cette société étrangère sont acquis dans le cadre d'une réorganisation de type C par une autre société étrangère, USCO n'aura pas à reconnaître de gain lors de cette transaction (dans la mesure où la société cible n'était pas une société étrangère contrôlée de USCO avant la transaction).

Par contre, dans ce même exemple, si la société cible est une société étrangère contrôlée de USCO et que l'acquéreur ne l'est pas, la disposition 367(b) I.R.C. prévoit que USCO doit reconnaître un dividende équivalant au profit attribuable à la cible avant l'acquisition⁶⁰. Bien que USCO puisse avoir à payer de l'impôt américain sur le dividende présumé, le reste du gain engendré par la réorganisation ne devrait généralement pas être imposable.

Par ailleurs, il est possible que les dispositions 367(a) et 367(b) I.R.C. s'appliquent à une même transaction. Le cas échéant, le transféreur devra reconnaître un gain en vertu de la disposition 367(a) I.R.C. et une partie de ce gain sera considérée comme un dividende selon la disposition 367(b) I.R.C.

4. REPORT D'ATTRIBUTS FISCAUX

La disposition 381(a) I.R.C. prévoit qu'en général, lors de l'acquisition des actifs d'une cible par une autre société, lors d'une liquidation d'une filiale dans sa société mère selon la disposition 332 I.R.C. ou dans une réorganisation (autre qu'une réorganisation de type B ou E)⁶¹, l'acquéreur succédera et tiendra compte des attributs fiscaux de la cible avant l'acquisition (par exemple, les pertes reportées, les bénéfices accumulés, etc.).

Par ailleurs, le report des attributs fiscaux lors d'une acquisition d'une entreprise peut être limité en vertu de la disposition 381 I.R.C. ou des dispositions 382, 383, 384, 269 I.R.C. et des règles de consolidation.

⁶⁰ Treas. Reg. 1.367(b)-4. Dans cette situation, le montant reconnu par USCO serait un montant calculé selon la disposition 1248 I.R.C. (au lieu du montant d'*earnings and profits*).

⁶¹ Les réorganisations de type B et E ne sont pas visées parce qu'elles n'engendrent pas de transferts d'actifs. En d'autres mots, la règle de la disposition 381(a) I.R.C. n'est pas nécessaire pour ce genre de réorganisation puisque la société impliquée dans la réorganisation conserve déjà ses attributs fiscaux. Le report des attributs fiscaux peut toutefois être limité s'il y a un changement de contrôle important.

Le but de ces contraintes est d'empêcher les sociétés profitables d'acquérir des sociétés à perte afin d'utiliser leurs pertes reportées ou leurs bénéfices et pertes (*earnings and deficit*)⁶².

La disposition 382 I.R.C. limite l'utilisation des pertes reportées d'une société s'il y a un changement de contrôle important. La nouvelle société doit continuer l'entreprise de l'ancienne société pour une période minimale de deux ans après le changement de contrôle. Le montant des pertes reportées qui peut être utilisé annuellement se limitera alors à un montant qui équivaut à la valeur de l'entreprise multiplié par le « taux exempté à long terme ».

Un changement de contrôle nécessite deux événements. Premièrement, il doit y avoir un changement dans la structure de l'équité telle qu'une réorganisation-achat ou un changement qui concerne un ou plusieurs actionnaires détenant chacun au moins 5 % de la valeur des actions⁶³. Deuxièmement, un ou plusieurs actionnaires (détenant au moins 5 % des actions) doivent avoir augmenté, durant une période de trois ans, leurs participations combinées d'un pourcentage d'au moins 50 % de la détention totale des actions⁶⁴.

Des principes semblables à ceux de la disposition 382 I.R.C. sont utilisés à la disposition 383 I.R.C. pour certains autres attributs fiscaux tels que les pertes en capital et le report de crédit d'impôt étranger.

5. FINANCEMENT D'UNE ACQUISITION IMPOSABLE

L'acquisition impossible d'une entreprise peut se faire par un emprunt aux États-Unis ou au Canada. Dans un cas comme dans l'autre, certaines règles doivent être examinées avant de prendre une décision quant au financement de l'acquisition pour s'assurer de la déductibilité de l'intérêt sur l'emprunt⁶⁵.

⁶² Voir *supra*, note 16.

⁶³ Aux fins de déterminer s'il y a un changement de contrôle, les actionnaires qui détiennent moins de 5 % des actions sont regroupés et considérés comme un seul actionnaire de 5 %. On ne tient généralement pas compte des transactions publiques entre actionnaires détenant moins de 5 % des actions.

⁶⁴ On regarde si la participation des actionnaires détenant plus de 5 % des actions a augmenté par rapport à leurs détentions minimales durant la période de trois ans.

⁶⁵ Une étude plus approfondie du financement d'une acquisition aux États-Unis avait été faite par l'auteur dans un texte du Congrès 2003 de l'APFF. Certaines structures de
(à suivre...)

5.1. RECLASSIFICATION DE LA DETTE EN CAPITAL-ACTIONS

Les juges ont le pouvoir de reclasser une dette en capital-actions s'ils pensent que celle-ci n'est pas vraiment une dette. Si la dette est reclassifiée en capital-actions, la déduction fiscale pour la dépense d'intérêt n'est pas accordée.

La disposition 385 I.R.C. a été ajoutée à l'*Internal Revenue Code* en 1969 afin d'établir des règles qui permettraient de classer les titres de dette et le capital-actions. Bien que l'*Internal Revenue Code* n'énonçait que des règles vagues et très générales, il déléguait des pouvoirs assez vastes au département du Trésor américain afin qu'il établisse des règles plus précises. À deux reprises, le département du Trésor américain a essayé d'établir des règlements pour ensuite les retirer avant même qu'ils n'entrent en vigueur. À ce jour, aucun règlement n'est en vigueur.

Les critères énoncés à la disposition 385 I.R.C. en vue de différencier une dette du capital-actions sont les suivants :

- a) une promesse inconditionnelle de payer sur demande ou à une date spécifique une certaine somme d'argent en échange d'une contrepartie adéquate en argent ou en valeurs monétaires et de payer un taux fixe d'intérêt existe-t-elle?;
- b) une subordination ou une préférence sur l'endettement de la société existe-t-elle?;
- c) le rapport de la dette au capital-actions de la société;
- d) une option de convertir la dette en capital-actions existe-t-elle?; et
- e) la relation entre une participation dans le capital-actions et le titre en question.

(...suite)

financement avantageuses avaient d'ailleurs été détaillées. Voir Yves-André GRONDIN, Monique CHARRON, Yves COALLIER et Philippe TREMBLAY, « Étude de cas A : confronter, valider, comprendre ou revoir chaque aspect essentiel à votre réussite aux États-Unis », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 59:1-110.

Les tribunaux ont souvent établi leurs propres critères qui devaient être considérés⁶⁶. Par exemple, dans l'arrêt *Estate of Mixon v. United States*⁶⁷, les critères suivants avaient été retenus afin de déterminer si les avances constituaient une dette ou du capital-actions :

- le nom donné au certificat attestant la dette;
- la présence ou l'absence d'une date d'échéance fixe;
- la source des versements;
- le droit ou non pour le prêteur de contraindre au paiement;
- le fait que le prêteur ait davantage le droit de participer à la gestion;
- la nature de l'apport par rapport aux créanciers ordinaires;
- l'intention des parties;
- le fait que le bénéficiaire des fonds soit suffisamment ou insuffisamment capitalisé;
- le fait qu'il y ait ou non identité d'intérêt entre le créateur et l'actionnaire;
- la source des versements d'intérêts;
- la capacité de la société à obtenir des prêts ailleurs qu'auprès d'établissements de crédit;
- dans quelle mesure le bénéficiaire s'est servi de l'avance pour acheter des immobilisations; et
- le fait que le bénéficiaire ait remboursé les fonds à l'échéance ou non.

Il est à noter que dans l'affaire *Mixon*, la Cour a qualifié la liste des 13 facteurs de non exhaustive et que d'autres cours américaines ont identifié

⁶⁶ *Laidlaw Transportation, Inc. et al. v. Commissioner*, T.C. Memo. 1998-232 (1998).

⁶⁷ 464 F.2d 394, 30 AFTR 2d 72-5094 (1972), pp. 72-5097 et 72-5098 (ci-après « *Mixon* »).

d'autres facteurs jugés pertinents pour décider s'il s'agissait d'une dette ou de capital-actions. Il pourrait donc exister d'autres facteurs pertinents qui n'ont pas été énumérés dans *Mixon*. L'évaluation des facteurs n'est pas un processus purement mathématique mais requiert plutôt une évaluation générale afin de déterminer la réalité économique de l'avance. Aucun des facteurs n'est concluant en soi.

Un des facteurs importants est le ratio dette/capital-actions de la société. Les règlements retirés indiquaient qu'un ratio dette/capital-actions de 3:1 envers des parties liées et un ratio dette/capital-actions de 10:1 pour l'ensemble des dettes de la société seraient considérés comme étant raisonnables. Les tribunaux reconnaissent généralement que le ratio dette/capital-actions varie d'une industrie à l'autre. De plus, les risques de l'industrie sont un critère qui doit être considéré en évaluant le critère du ratio dette/capital-actions de la société.

Bien que la disposition 385(a) I.R.C. ait été amendée en 1989 pour permettre à l'Internal Revenue Service de classer un titre comme étant en partie une dette et en partie du capital-actions, aucun règlement n'a été adopté en ce sens. D'ailleurs, les tribunaux ont plutôt tendance à adopter une approche « tout ou rien » dans leur analyse d'un titre.

5.2. LIMITE DE LA DÉPENSE D'INTÉRÊT EN VERTU DE LA DISPOSITION 163(j) I.R.C.

La disposition 163(j) I.R.C. cherche à empêcher qu'une société augmente ses dépenses d'intérêt afin de réduire ses bénéfices en les transférant à des personnes qui ne sont pas imposées aux États-Unis (par exemple, une personne non résidente qui profite d'un taux réduit de retenues à la source sur de l'intérêt en vertu d'une convention fiscale). Cette clause limite la déduction des intérêts de sociétés sous-capitalisées envers des parties liées. Une société est considérée sous-capitalisée aux fins de ces règles si son ratio dette/capital-actions excède 1,5:1 à la fin de l'année.

Lorsqu'une société est sous-capitalisée, la disposition 163(j) I.R.C. l'empêche de déduire l'intérêt non admissible payé à la partie liée exemptée d'impôt américain. L'intérêt payé à une société étrangère sera non admissible dans la mesure où il n'est pas assujéti à une retenue à la source de 30 %. Ainsi, le tiers (10 % / 30 %) de l'intérêt payé par une société américaine sous-capitalisée envers une société canadienne sera déductible, mais les deux tiers (20 % / 30 %) seront considérés comme de l'intérêt non admissible puisqu'il est exonéré en vertu de la convention fiscale.

Toutefois, même si une société est sous-capitalisée, l'intérêt exempté ne sera pas refusé à moins qu'il ne soit également excessif. L'intérêt sera considéré comme excessif s'il représente plus de 50 % du revenu imposable ajusté. Par contre, si 50 % du revenu imposable ajusté excède le montant d'intérêt, le montant excédentaire pourra être reporté dans les trois années suivantes (ci-après « l'excédent reporté »)⁶⁸. Le revenu imposable ajusté correspond plus ou moins au revenu imposable sans déductions pour les intérêts, pour l'amortissement ou pour les pertes reportées.

Les règles de la disposition 163(j) I.R.C. peuvent être résumées avec la formule suivante : le montant d'intérêt refusé pour une société sous-capitalisée représente le moindre de :

- a) l'excédent de la dépense nette d'intérêt sur 50 % du revenu imposable ajusté (plus l'excédent reporté des trois années antérieures); et
- b) l'intérêt non admissible payé par la société à des parties exemptées de l'impôt fédéral américain.

Le montant d'intérêt refusé peut être reporté indéfiniment dans l'avenir.

Il est important de noter que ces règles peuvent également s'appliquer si la société américaine emprunte d'une banque américaine et que la société mère canadienne garantit, de quelque façon que ce soit, ce prêt.

Les règles selon la disposition 163(j) I.R.C. sont à l'examen par le Congrès américain et pourraient être modifiées dans l'avenir.

5.3. PAIEMENT D'INTÉRÊT À UN NON-RÉSIDENT LIÉ

En vertu de la disposition 267(a)(3) I.R.C., une dépense d'intérêt envers un non-résident lié⁶⁹ n'est déductible que lorsqu'elle est versée. Les intérêts sont versés au moment où ils sont considérés comme payés aux fins des dispositions 1441 et 1442 I.R.C. (ces dispositions prévoient une retenue à la source pour des paiements envers des non-résidents).

⁶⁸ L'expression *excess limitation* est utilisée dans l'*Internal Revenue Code*.

⁶⁹ Les membres d'une même famille (père, mère, frère, sœur et conjoint) sont des personnes liées. Une personne et une société sont liées si la personne détient directement ou indirectement plus de 50 % de la valeur des actions. Voir les dispositions 267(b) et 267(c) I.R.C.

CONCLUSION

Une entreprise qui cherche à faire une acquisition aux États-Unis doit tenir compte de plusieurs facteurs. Elle doit d'abord décider si elle veut acquérir l'entreprise sans incidence fiscale. Si cette avenue n'est pas envisageable, elle doit alors décider si elle veut procéder à l'achat des actions ou des actifs de la société cible. Le financement d'une acquisition imposable peut apporter des difficultés particulières surtout si le financement de l'acquisition se fait au Canada.

Malgré la complexité des règles pouvant s'appliquer lors de l'acquisition d'une entreprise aux États-Unis, il existe des possibilités de réduire la facture fiscale de cette acquisition en effectuant des choix appropriés, en s'assurant de la déductibilité de l'intérêt sur l'emprunt finançant l'acquisition et en profitant des règles de réorganisation lorsque applicables.

DÉTENTION D'UN IMMEUBLE AUX ÉTATS-UNIS : ASPECTS FISCAUX AMÉRICAINS ET CANADIENS



François Giroux
Avocat
Spiegel Sohmer s.e.n.c.r.l.



Richard E. Halperin
Avocat
McLaughlin & Stern, LLP

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 14:3

1. STRUCTURES DE DÉTENTION D'UN IMMEUBLE LOCATIF 14:3

1.1. DÉTENTION DIRECTE PAR L'INDIVIDU 14:4

1.1.1. Revenu de location..... 14:4

1.1.2. Gain lors de la disposition..... 14:18

1.1.3. Décès de l'individu 14:25

1.2. DÉTENTION PAR USCO..... 14:36

1.2.1. Revenu de location..... 14:36

1.2.2. Rapatriement des fonds..... 14:40

1.2.3. Gain lors de la disposition..... 14:43

1.2.4. Décès de l'individu 14:46

1.3. DÉTENTION PAR CANCO 14:49

1.3.1. Revenu de location..... 14:49

1.3.2.	Versement des fonds à l'actionnaire	14:58
1.3.3.	Gain à la disposition.....	14:60
1.3.4.	Décès de l'individu	14:66
1.4.	DÉTENTION PAR UNE SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE	14:68
1.5.	DÉTENTION PAR USCo, DONT L'ACTIONNAIRE EST CANCo	14:68
2.	STRUCTURES DE DÉTENTION D'UNE PROPRIÉTÉ DE	
	VILLÉGIATURE	14:69
2.1.	SOCIÉTÉ À BUT UNIQUE (<i>SINGLE-PURPOSE CORPORATION</i>).....	14:69
2.2.	<i>TENANCY IN COMMON</i>	14:71
2.3.	<i>JOINT TENANCY</i>	14:73
2.4.	ACQUISITION PAR LES ENFANTS	14:74
2.5.	PRÊT HYPOTHÉCAIRE À RECOURS LIMITÉS (<i>NON-RECOURSE</i>	
	<i>LOAN</i>).....	14:75
2.6.	SOCIÉTÉ EN COMMANDITE.....	14:76
	CONCLUSION	14:77

INTRODUCTION

Un nombre croissant de Québécois possèdent une résidence de villégiature aux États-Unis. De plus, certains investisseurs désirent procéder à une diversification géographique de leur portefeuille immobilier, et les États-Unis constituent un choix logique. Dans le présent texte, nous analyserons tout d'abord les règles fiscales américaines, canadiennes et québécoises relatives à la détention d'un immeuble locatif (résidentiel ou commercial) situé aux États-Unis par un individu qui réside au Québec ou par une entité (canadienne ou américaine) dont l'actionnaire est un tel individu. Nous effectuerons une étude comparative de trois structures élémentaires, soit :

- la détention directe par l'individu;
- la détention par une compagnie canadienne (ci-après « CanCo »), dont l'actionnaire est l'individu;
- la détention par une compagnie américaine (ci-après « USCo »), dont l'actionnaire est l'individu.

Pour chaque structure, nous étudierons les impacts fiscaux américains (notamment l'impôt sur le revenu, l'impôt lors de la disposition, l'impôt lors du rapatriement des fonds au Canada et l'impôt successoral), ainsi que les impacts fiscaux canadiens et québécois (notamment l'impôt sur le revenu, l'impôt lors de la disposition et l'impôt au décès). Cette analyse comparative met à la disposition du praticien un outil de travail qui lui permettra de cibler la structure la plus appropriée pour son client, en utilisant nos atomes (c'est-à-dire nos structures élémentaires) et les éléments propres à la situation de son client afin de construire une molécule, simple ou complexe, mais efficace sur le plan fiscal.

Dans un second volet, nous étudierons certaines structures et stratégies utilisées pour détenir une résidence de villégiature aux États-Unis, en insistant particulièrement sur les structures qui permettent de minimiser l'impôt successoral américain.

1. STRUCTURES DE DÉTENTION D'UN IMMEUBLE LOCATIF

Dans les paragraphes qui suivent, nous effectuerons une étude comparative des conséquences fiscales engendrées par les structures les plus simples de détention d'immeubles locatifs aux États-Unis. Ces conséquences

fiscales découlent de trois sources principales. Les sources primaires de droit sont l'*Internal Revenue Code*¹ et les diverses lois fiscales adoptées par les villes et États américains, d'une part, de même que la *Loi de l'impôt sur le revenu*² et la *Loi sur les impôts*³, d'autre part, qui prévoient les règles de droit fiscal interne aux États-Unis et au Québec, respectivement. L'autre principale source de droit est la *Convention fiscale de 1980 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*⁴, qui a préséance sur l'*Internal Revenue Code* et sur la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et qui vient modifier, à certains égards, l'application de ces lois à un résident de l'autre pays⁵.

Dans le choix d'une structure de détention d'immeuble aux États-Unis, le montage financier est une considération importante, qui peut favoriser une structure plutôt qu'une autre. Nous avons délibérément fait abstraction de ces considérations dans le présent texte, car notre objectif est de comparer les diverses structures à leur état brut.

1.1. DÉTENTION DIRECTE PAR L'INDIVIDU

1.1.1. Revenu de location

1.1.1.1. Traitement fiscal américain

Les revenus de location tirés d'un immeuble situé aux États-Unis peuvent être caractérisés de deux façons différentes : à titre de revenu d'entreprise ou à titre de revenu ne provenant pas d'une entreprise⁶.

i) Revenu d'entreprise

En vertu de la *Convention*, la règle générale est que le revenu d'entreprise gagné par un résident du Canada n'est assujéti à l'impôt

¹ *Internal Revenue Code of 1986* et mod., 26 U.S.C. (ci-après « I.R.C. »).

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

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

⁴ L.C. (1984), c. 20 et mod.; Protocole de 1995, édicté au Canada par L.C. (1995), c. 34, et sanctionné le 8 novembre 1995; Protocole de 1997, édicté au Canada par L.C. (1997) c. 38, et sanctionné le 10 décembre 1997 (ci-après « *Convention* »).

⁵ La notion de résident est définie dans la *Convention*, art. IV.

⁶ Aux fins du présent texte, nous utilisons l'expression « revenu passif » pour qualifier ce second type de revenu.

américain que si cette personne possède un établissement stable aux États-Unis :

« Les bénéfices d'un résident d'un État contractant ne sont imposables que dans cet État, à moins que le résident n'exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé⁷. »

L'exercice d'une entreprise de location immobilière constitue une exception de taille à ce principe général. En effet, l'assujettissement à l'impôt américain du revenu d'une entreprise de location immobilière n'est aucunement conditionnel à l'existence d'un établissement stable aux États-Unis, en raison de l'article VI(1) de la *Convention*, qui établit une règle particulière relativement au revenu de location : « Les revenus qu'un résident d'un État contractant tire de biens immeubles [...] situés dans l'autre État contractant, sont imposables dans cet autre État. »

Si le propriétaire de l'immeuble exploite une entreprise (*trade or business*) aux États-Unis et que le revenu de location est lié (*effectively connected*) à l'exploitation de cette entreprise, le revenu net de location (loyers moins dépenses, y compris l'amortissement) est imposé aux mêmes taux d'imposition progressifs que ceux qui s'appliquent à un individu qui réside aux États-Unis⁸. Le tableau 1 ci-dessous indique les paliers d'impôt fédéral américain applicables à un individu :

Tableau 1 – Paliers individuels d'impôt fédéral américain pour 2004

Revenu imposable (\$)			Taux d'impôt fédéral
0	-	7 150	10 %
7 150	-	29 050	15 %
29 050	-	70 350	25 %
70 350	-	146 750	28 %
146 750	-	319 100	33 %
319 100 et plus			35 %

⁷ *Convention*, art. VII(1).

⁸ I.R.C., § 871(b) et 1.

Chaque État américain et certaines villes⁹ possèdent un pouvoir de prélever un impôt sur le revenu. La vaste majorité des États et certaines villes se prévalent de ce pouvoir. Aux fins du présent texte, nous utiliserons un taux d'impôt sur le revenu de 5 %, qui est un taux représentatif de celui prélevé par les villes et États américains, bien que ces taux varient énormément, certains États ne prélevant pas d'impôt sur le revenu (la Floride et le Texas, par exemple) alors qu'un individu qui réside dans la ville de New York peut payer un impôt global (État et ville de New York) de 12,15 %¹⁰. Par ailleurs, l'impôt payé aux États et aux villes est déductible dans le calcul du revenu aux fins fédérales américaines¹¹. Ainsi, en tenant compte de l'impôt prélevé par les États et les villes (à notre taux de 5 %) et de la déduction de cet impôt aux fins fédérales, le taux marginal maximum global d'impôt que nous utiliserons à titre d'exemple est de 38,25 %.

Un impôt minimum de remplacement (*alternative minimum tax*) existe en vertu de l'*Internal Revenue Code*. Afin de ne pas alourdir notre texte outre mesure, nous ne tenons pas compte de cet impôt minimum de remplacement dans nos exemples ci-dessous.

ii) Revenu passif

Si les activités du propriétaire de l'immeuble ne sont pas considérées comme étant l'exploitation d'une entreprise, le revenu **brut** de location gagné par l'individu est assujéti à un impôt fédéral au taux fixe de 30 %¹².

iii) Distinction entre le revenu passif et le revenu d'entreprise

Il ressort assez clairement que le traitement fiscal du revenu passif est beaucoup moins avantageux que celui du revenu d'entreprise. Par conséquent, il est intéressant de connaître les critères de distinction entre ces deux types de revenus.

⁹ Le pouvoir de taxation d'une ville ne peut lui être conféré que par l'État dans lequel elle est située.

¹⁰ Il y a également lieu de souligner que certains États prélèvent un impôt avec taux progressifs, alors que d'autres prélèvent un impôt à taux fixe.

¹¹ I.R.C., § 164(a)(3).

¹² I.R.C., § 871(a). Il s'agit d'un système similaire à celui que l'on trouve à l'alinéa 212(1)d) L.I.R.

Tout d'abord, il est important de noter que les critères de distinction entre le revenu d'entreprise et le revenu locatif passif en droit fiscal américain ne sont pas identiques aux critères de distinction proposés au Canada¹³. Par conséquent, on erre en utilisant ces derniers purement et simplement.

Il est généralement reconnu que le revenu généré par la location d'un immeuble en vertu d'un bail net à un seul locataire constituera du revenu passif¹⁴ alors que l'exploitation de plusieurs immeubles constituera du revenu d'entreprise. Les difficultés se trouvent dans les situations intermédiaires, comme le signalent les auteurs Rubin et Hudson¹⁵ :

« Whether or not U.S. real estate activities of a foreign person constitute a U.S. trade or business is a question of fact and its resolution depends on the facts and circumstances of each case. In making this determination however, helpful guidelines can be gleaned from decided court cases. These guidelines are reasonably clear at the two ends of the spectrum but leave room for uncertainty in the middle. For example, at the one end of the spectrum, mere ownership of real property, or the receipt of income therefrom does not constitute the conduct of a U.S. trade or business. For example, ownership of a single piece of U.S. real estate that is leased to tenants on a triple-net basis does not constitute engaging in a U.S. trade or business.

On the other end of the spectrum, ownership of several U.S. real properties with respect to which the foreign owner's management activities (performed directly or through an agent) are substantial, regular and continuous constitutes engaging in a U.S. trade or business.

In *Neill v. Comr.*, a foreign person owned a single piece of property which was subject to a long-term lease. The taxpayer's lawyer in the United States made the mortgage payments on the property and collected the rents therefrom. The court ruled that the taxpayer was not engaged in a U.S. trade or business. In *Herbert v. Comr.*, again the taxpayer owned a single piece of real estate which

¹³ John DURNFORD, « The Distinction Between Income from Business and Income from Property, and the Concept of Carrying on Business », (1991), vol 39, n° 5 *Revue fiscale canadienne* 1131-1205; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-434R, « Location de biens immeubles par un particulier », 30 avril 1982.

¹⁴ Michael HIRSCHFELD et Shaul GROSSMAN, « Opportunities for the Foreign Investor in United States Real Estate – If Planning Comes First », *Tax Profile*, vol. 6, n° 20, Toronto, Ont., CCH Canadian Limited, août 2001, p. 226.

¹⁵ Charles RUBIN et Robert F. HUDSON, « Tax Management Portfolio » (CD-ROM), n° 912, *Federal Taxation of Foreign Investments in U.S. Real Estate*, Bureau of National Affairs.

was subject to a long-term lease. Under the terms of the lease, the tenant was required to make all repairs. The taxpayer, however, was required to make real estate tax and insurance premium payments. The Tax Court ruled that the taxpayer was not engaged in a U.S. trade or business and stated: "We are of the opinion that the petitioner's activities with regard to the real property here involved, which might be considered as 'beyond the scope of mere ownership of real property or the receipt of income from real property,' were sporadic rather than 'continuous,' were irregular rather than 'considerable'." » (Notes omises)

Cette distinction est toutefois quelque peu didactique, puisque, dans la mesure où le revenu ne se qualifie pas clairement comme du revenu d'entreprise selon les critères décrits ci-dessus, le propriétaire de l'immeuble pourra néanmoins éviter le régime applicable au revenu locatif passif et faire en sorte de bénéficier de la fiscalité avantageuse applicable au revenu d'entreprise, en faisant le choix prévu aux paragraphes 871(d) et 882(d) I.R.C.¹⁶ Lorsqu'un tel choix est effectué, le propriétaire de l'immeuble est réputé exercer une entreprise aux États-Unis, et le revenu de location est réputé être lié à l'exploitation de cette entreprise. Compte tenu de l'avantage significatif que le revenu d'entreprise possède sur le plan fiscal américain dans la vaste majorité des situations, la production de ce choix est quasi impérative, en cas de doute sur la caractérisation du revenu en droit fiscal américain.

iv) Retenue à la source

Le revenu locatif fait l'objet d'une retenue à la source au taux de 30 %. Cette obligation incombe à la personne qui verse le loyer au propriétaire de l'immeuble. Pour éviter cette retenue à la source, un choix peut être produit en vertu du paragraphe 1441(c) I.R.C.

1.1.1.2. Traitement fiscal canadien

i) Imposition du revenu de location

Lorsque l'immeuble est détenu directement par un individu, et non par l'intermédiaire d'une compagnie ou d'une autre entité, les incidences fiscales canadiennes sont plutôt simples. Ainsi, les revenus provenant de l'immeuble situé aux États-Unis seront inclus dans le revenu de l'individu, à titre de revenu de biens, ou, si l'exploitation de l'immeuble par l'individu constitue

¹⁶ Il s'agit d'un mécanisme similaire à celui de l'article 216 L.I.R.

une entreprise¹⁷, à titre de revenu d'entreprise. Cette distinction ne comporte habituellement que très peu de répercussions, le revenu de bien gagné par un individu étant traité de façon très similaire au revenu d'entreprise. Toutefois, cette distinction sera fort pertinente dans le cadre de l'analyse du type de crédit d'impôt pour impôt étranger dont pourra bénéficier l'individu.

Le tableau 2 ci-dessous indique les paliers d'impôt fédéral et québécois applicables à un individu, pour l'année 2004 :

Tableau 2 – Paliers d'impôt fédéral et québécois sur le revenu gagné par un individu

Revenu imposable	Taux d'impôt fédéral ¹⁸	Taux d'impôt québécois ¹⁹	Taux d'impôt combiné
0 \$ à 27 634 \$	13,36 %	16 %	29,36 %
27 635 \$ à 35 000 \$	13,36 %	20 %	33,36 %
35 001 \$ à 55 279 \$	18,37 %	20 %	38,37 %
55 280 \$ à 70 000 \$	18,37 %	24 %	42,37 %
70 000 \$ à 113 804 \$	21,71 %	24 %	45,71 %
113 805 \$ et plus	24,22 %	24 %	48,22 %

Aux fins de nos exemples ci-dessous, nous faisons abstraction des taux applicables à la partie du revenu gagné par notre individu fictif, Jean Fictif, en deçà de 113 805 \$. Ainsi, nous utilisons le taux maximal, tant au fédéral qu'au Québec, à l'égard de la totalité du revenu gagné par Jean Fictif. En effet, notre objectif est d'utiliser une méthode de calcul qui, bien qu'elle soit imparfaite, permet au praticien d'évaluer rapidement le taux d'impôt effectif (soit l'impôt américain, fédéral et québécois, après déduction des crédits pour impôt étranger) applicable à son client, afin de lui permettre de cibler son analyse sur les structures de détention plus favorables sur le plan fiscal.

¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 13.

¹⁸ Par. 117(2) et 117(3) L.I.R., compte tenu de l'abattement d'impôt de 16,5 % pour revenu gagné au Québec prévu au paragraphe 120(2) L.I.R.

¹⁹ Art. 750 et 750.2 L.I.

ii) Déduction pour impôt étranger

Afin d'éviter une double imposition, la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur les impôts* prévoient divers mécanismes de crédit d'impôt et de déduction pour impôt étranger. Dans les paragraphes qui suivent, nous résumerons les principes applicables en matière de crédit ou déduction pour impôt étranger²⁰.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit trois mécanismes principaux visant à éviter la double imposition du revenu de source étrangère gagné par un Canadien :

- le paragraphe 126(1) L.I.R. permet au contribuable de déduire dans le calcul de son impôt fédéral un montant relatif à l'impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise (ci-après « IRPPE »)²¹ payé dans le pays étranger;
- le paragraphe 126(2) L.I.R. permet quant à lui au contribuable de déduire dans le calcul de son impôt fédéral un montant relatif à l'impôt sur le revenu tiré d'une entreprise (ci-après « IRTE »)²² payé dans le pays étranger;
- finalement, le paragraphe 20(12) L.I.R. permet au contribuable de déduire l'IRPPE dans le calcul de son revenu de bien ou d'entreprise.

Pour plus de clarté, nous utilisons l'expression « crédit d'impôt » (plutôt que déduction dans le calcul de l'impôt) lorsque la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou la *Loi sur les impôts* permet de déduire un montant dans le calcul de l'impôt, soit aux fins des paragraphes 126(1) et 126(2) L.I.R. et des articles 772.6 et 772.8 L.I.

L'IRTE représente la partie de l'impôt payé à un pays étranger que l'on peut raisonnablement considérer comme ayant trait à une entreprise exploitée

²⁰ Pour une étude détaillée de ces règles, voir Ken SNIDER, « The Foreign Tax Credit Rules », dans *2001 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2002, pp. 14:1-42.

²¹ Par. 126(7) L.I.R.

²² Par. 126(7) L.I.R.

par le contribuable dans ce pays²³. Par exemple, si la seule source de revenu d'un contribuable aux États-Unis est une entreprise, la totalité de l'impôt sur le revenu payé aux États-Unis sera considéré comme de l'IRTE.

L'IRPPE représente l'impôt sur le revenu payé au pays étranger, en excluant l'IRTE²⁴.

Afin de déterminer si un impôt est relatif à une entreprise (auquel cas il s'agit d'IRTE, et non d'IRPPE), les critères canadiens de distinction entre le revenu d'entreprise et le revenu de biens sont applicables²⁵. Ainsi, l'IRPPE comprend tout impôt étranger payable à l'égard d'un gain en capital²⁶, même si ce gain en capital est considéré comme du revenu d'entreprise dans ce pays étranger.

Tant l'IRPPE que l'IRTE comprennent l'impôt sur le revenu fédéral et l'impôt sur le revenu des divers villes et États américains²⁷. Ces montants doivent être convertis selon le taux de change en vigueur au moment où la dette fiscale étrangère est née (c'est-à-dire durant l'année pendant laquelle le revenu a été gagné)²⁸.

²³ Toutefois, lorsqu'un individu désire se prévaloir des règles prévues au *Décret de 1988 sur la remise d'impôt sur le revenu gagné au Québec* (TR/89-157) tel que modifié par le *Décret modifiant le Décret de 1988 sur la remise d'impôt sur le revenu gagné au Québec* (TR/98-47) (ci-après « Décret de remise ») l'IRTE de cet individu, aux fins fédérales, ne sera que 55 % de son IRTE autrement calculé. Bien qu'il puisse sembler au premier abord surprenant de retrouver une telle réduction dans un Décret de remise, celle-ci est aisément contrebalancée par le régime favorable que l'on retrouve par ailleurs au Décret de remise et s'explique très bien eu égard à la politique fiscale sous-jacente au Décret de remise.

²⁴ L'IRPPE ne comprend également pas le montant déduit en vertu du paragraphe 20(11) L.I.R. Ce paragraphe prévoit que tout impôt étranger sur le revenu tiré de biens qui serait normalement considéré comme de l'IRPPE supérieur à 15 % doit être déduit dans le calcul du revenu de biens de l'individu et ne peut donc pas faire l'objet d'un crédit d'impôt, ce qui représente évidemment une économie d'impôt de beaucoup inférieure. Toutefois, le paragraphe 20(11) L.I.R. ne s'applique pas en matière de revenus tirés de biens immeubles.

²⁵ K. SNIDER, *loc. cit.*, note 20, 14:3. Les critères de distinction sont discutés dans J. DURNFORD, *loc. cit.*, note 13.

²⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-395R2, « Crédit pour impôt étranger – Gains et pertes en capital de source étrangère », 21 août 2002, résumé.

²⁷ Al. 126(6)a) L.I.R.

²⁸ *La Reine c. La Banque de Nouvelle Écosse*, [1982] 1 C.F. 311 (C.A.F.).

Crédit d'impôt relatif à l'IRPPE

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, le paragraphe 126(1) L.I.R. permet à un contribuable de réclamer un crédit d'impôt fédéral à l'égard de l'IRPPE payé à un pays étranger.

En résumé, le montant qu'un individu peut réclamer à titre de crédit d'impôt pour IRPPE au cours d'une année est le moindre de :

- l'IRPPE payé dans le pays étranger;
- la fraction de l'impôt fédéral payable par l'individu²⁹ que représente son revenu provenant de ce pays étranger (sans tenir compte du revenu d'entreprise provenant de ce pays ni de la déduction prévue au paragraphe 91(5) L.I.R. à l'égard de dividendes reçus par l'individu lorsqu'un montant de revenu étranger accumulé tiré de biens a préalablement fait l'objet d'une imposition entre les mains de celui-ci) sur le revenu total de l'individu.

Par exemple, si le revenu étranger (sans tenir compte du revenu d'entreprise ni du paragraphe 91(5) L.I.R.) représente 10 % des revenus totaux de l'individu, le crédit d'impôt pour IRPPE ne pourra représenter plus de 10 % de l'impôt fédéral payable par l'individu, et ce, même si le montant de ce crédit est moins élevé que le montant d'IRPPE payé par l'individu au pays étranger.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit aucun report rétrospectif ou prospectif, dans la mesure où l'IRPPE ne peut être entièrement réclamé à titre de crédit d'impôt au cours de l'année. Tout montant excédentaire peut toutefois être déduit dans le calcul du revenu du contribuable, si les conditions prévues au paragraphe 20(12) L.I.R. sont remplies.

Au Québec, l'article 772.2 L.I. définit la notion d'IRPPE de façon quasi identique au paragraphe 126(7) L.I.R.³⁰

²⁹ Après déduction de l'abattement d'impôt de 16,5 % pour revenu gagné au Québec prévu au paragraphe 120(2) L.I.R., et sans tenir compte du crédit d'impôt pour dividendes prévu à l'article 121 L.I.R.

³⁰ Une différence notable est toutefois que l'IRPPE québécois sera réduit de l'excédent du montant d'IRPPE déduit aux fins fédérales en vertu du paragraphe 20(12) L.I.R. sur le montant déduit aux fins québécoises en vertu de l'article 146.1 L.I.

L'article 772.6 L.I. prévoit un crédit d'impôt québécois d'un montant correspondant à l'excédent de l'IRPPE sur le montant du crédit d'impôt fédéral pour IRPPE réclamé par l'individu en vertu du paragraphe 126(1) L.I.R. Ainsi, le Québec n'accordera aucun crédit d'impôt pour IRPPE si un crédit fédéral a été attribué à l'égard du même montant. De façon identique au mécanisme fédéral, le crédit d'impôt québécois pour IRPPE ne pourra excéder la proportion de l'impôt québécois payable par l'individu que représente son revenu provenant de ce pays étranger (sans tenir compte du revenu d'entreprise provenant de ce pays ni de la déduction prévue à l'article 584 L.I. à l'égard de dividendes reçus par l'individu lorsqu'un montant de revenu étranger accumulé tiré de biens a préalablement fait l'objet d'une imposition entre les mains de celui-ci) du revenu total de l'individu³¹. Ainsi, le crédit d'impôt québécois pour IRPPE qu'un individu peut obtenir est le moindre de :

- l'IRPPE payé dans le pays étranger, moins le montant du crédit d'impôt fédéral attribué à l'égard de cet IRPPE;
- la proportion de l'impôt québécois payable par l'individu que représente son revenu provenant de ce pays étranger (sans tenir compte du revenu d'entreprise exploitée par l'entremise d'un établissement stable situé dans ce pays ni de l'article 584 L.I.) du revenu total de l'individu.

Crédit d'impôt relatif à l'IRTE

Le paragraphe 126(2) L.I.R. permet à un contribuable de réclamer un crédit d'impôt fédéral pour IRTE. En résumé, le montant du crédit d'impôt qu'un individu peut réclamer est le moindre de :

- la somme de l'IRTE payé dans le pays étranger et de la fraction inutilisée du crédit pour impôt étranger³² pour les trois années postérieures ou les 10³³ années antérieures³⁴;

³¹ Art. 772.7 L.I.

³² Par. 126(7) L.I.R.

³³ CANADA, ministère des Finances, *Avant-projet modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu et notes explicatives*, 16 septembre 2004.

³⁴ En vertu du Décret de remise, seul 55 % de l'IRTE peut faire l'objet d'un crédit d'impôt fédéral.

- la proportion de l'impôt fédéral autrement payable par l'individu³⁵ que représente son revenu d'entreprise exploitée dans ce pays étranger du revenu total de l'individu;
- l'impôt fédéral autrement payable par l'individu³⁶, après déduction du crédit d'impôt pour IRPPE attribué en vertu du paragraphe 126(1) L.I.R.

Dans la mesure où les règles du paragraphe 126(2) L.I.R. ne permettent pas une pleine utilisation de l'IRTE à titre de crédit d'impôt fédéral au cours d'une année donnée, l'excédent constitue une « fraction non utilisée du crédit pour impôt étranger »³⁷ et peut faire l'objet d'un report rétrospectif de trois ans, de même que d'un report prospectif de 10 ans³⁸.

L'article 772.2 L.I. définit la notion d'IRTE³⁹ d'une façon similaire au paragraphe 126(7) L.I.R., en prévoyant toutefois que l'entreprise exploitée dans le pays étranger devra l'avoir été par le biais d'un établissement (au sens de l'article 1 L.I.) dans ce pays étranger, condition que l'on ne retrouve pas à la définition fédérale d'IRTE.

L'article 772.8 L.I. permet à un contribuable de réclamer un crédit d'impôt québécois à l'égard de son IRTE. Le montant du crédit d'impôt québécois qu'un individu peut réclamer est le moindre de :

- 45 % de l'IRTE payé dans le pays étranger, auquel s'ajoute la partie inutilisée du crédit pour impôt étranger (c'est-à-dire le montant de l'IRTE qui fait l'objet d'un report rétrospectif ou prospectif, soit 45 % de l'IRTE inutilisé des trois années antérieures et des 10 années postérieures);

³⁵ Calculé en tenant compte de l'abattement d'impôt de 16,5 % pour revenu gagné au Québec prévu au paragraphe 120(2) L.I.R. (en raison du Décret de remise), mais sans tenir compte du crédit d'impôt pour dividende prévu à l'article 121 L.I.R.

³⁶ *Id.*

³⁷ Par. 126(7) L.I.R.

³⁸ Al. 126(2)a) L.I.R.

³⁹ Bien que, sur le plan sémantique, il s'agisse au provincial de l'impôt sur le revenu *provenant* d'une entreprise.

- la proportion de l'impôt québécois autrement payable par l'individu⁴⁰ que représente son revenu d'entreprise exploitée dans ce pays étranger par le biais d'un établissement qui y est situé du revenu total de l'individu;
- l'impôt québécois autrement payable par l'individu⁴¹, après déduction du crédit d'impôt pour IRPPE attribué en vertu de l'article 772.6 L.I.

Si une partie de l'IRTE ne peut faire l'objet d'un crédit provincial pour une année donnée, l'article 772.8 L.I. prévoit un mécanisme de report rétrospectif de trois ans ou prospectif de 10 ans à l'égard de toute partie inutilisée⁴² de l'IRTE.

Déduction de l'IRPPE dans le calcul du revenu

Le paragraphe 20(12) L.I.R. prévoit qu'un contribuable peut déduire, dans le calcul de son revenu d'entreprise ou de bien, tout montant d'IRPPE qu'il désire. Évidemment, la déduction d'un montant d'IRPPE en vertu du paragraphe 20(12) L.I.R. fait en sorte d'exclure ce montant de l'IRPPE du contribuable aux fins du crédit d'impôt prévu au paragraphe 126(1) L.I.R.⁴³

L'article 146.1 L.I. permet à un individu de déduire, dans le calcul de son revenu provenant d'une entreprise ou d'un bien, tout montant d'IRPPE⁴⁴ payé à l'égard d'un revenu d'entreprise⁴⁵ ou de bien qui n'a pas fait l'objet d'un crédit d'impôt fédéral en vertu du paragraphe 126(1) L.I.R. Autrement dit, l'IRPPE qui ne peut être utilisé comme crédit d'impôt au fédéral peut être utilisé comme crédit d'impôt québécois (art. 772.6 L.I.) ou être déduit dans le calcul du revenu d'entreprise ou de biens aux fins d'impôt québécois (art. 146.1 L.I.).

⁴⁰ Sans tenir compte du crédit d'impôt pour dividendes prévu à l'article 767 L.I.

⁴¹ *Id.*

⁴² Art. 772.2 L.I.

⁴³ Définition d'IRPPE, al. 126(7)c) L.I.R.

⁴⁴ Aux fins de l'article 146.1 L.I., l'IRPPE n'est pas réduit par l'excédent de la déduction réclamée en vertu du paragraphe 20(12) L.I.R. sur le montant déduit conformément à l'article 146.1 L.I.R.

⁴⁵ La beauté du droit fiscal est illustrée par le fait qu'un impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise (IRPPE) puisse être payé à l'égard d'un revenu d'entreprise. AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-270R2, « Crédit pour impôt étranger », 11 février 1991, par. 12.

1.1.1.3. Exemple

Jean Fictif possède un centre commercial aux États-Unis. Aux fins canadiennes et américaines, l'exploitation de ce centre commercial constitue une entreprise. Le revenu net de location s'élève à 1 M\$⁴⁶.

L'impôt américain (fédéral et État) payable par Jean Fictif s'élève à 382 500 \$⁴⁷.

La seule autre source de revenu de Jean Fictif est un revenu d'intérêts de 1 M\$, de source canadienne. Aux fins canadiennes, son revenu imposable est donc de 2 M\$. En vertu du sous-alinéa 6(1)b(i) du Décret de remise, le paragraphe 2601(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁴⁸ est modifié pour inclure dans le revenu gagné dans la province de Québec la totalité du revenu d'entreprise gagné par le biais de l'établissement stable américain. Ainsi, ce revenu ne sera pas assujéti à la surtaxe pour revenu non gagné dans une province⁴⁹ et donnera droit à l'abattement d'impôt de 16,5 % pour revenu gagné au Québec⁵⁰. Toutefois, le montant de l'IRTE que Jean Fictif pourra réclamer ne correspondra qu'à 55 % de celui-ci⁵¹. L'impôt fédéral payable par Jean Fictif⁵², selon les règles de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, telles qu'elles ont été modifiées par le Décret de remise⁵³, se calcule comme suit :

⁴⁶ Tous les montants indiqués dans le présent texte sont exprimés en dollars canadiens, à moins d'indication contraire.

⁴⁷ Calculé au taux de 38,25 % à l'égard de la totalité du revenu, tel qu'il a été mentionné à la section « Revenu d'entreprise » ci-dessus.

⁴⁸ C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

⁴⁹ Par. 120(1) L.I.R.

⁵⁰ Par. 120(2) L.I.R.

⁵¹ S.-al. 6(1)b(ii) du Décret de remise.

⁵² Calculé au taux marginal maximal de 29 % à l'égard de la totalité du revenu imposable de Jean Fictif, tel qu'il a été mentionné à la section « Imposition du revenu de location » ci-dessus.

⁵³ Tous les exemples aux présentes tiennent compte du Décret de remise.

Impôt fédéral de base ⁵⁴ :	580 000 \$
Moins abattement pour revenu gagné au Québec ⁵⁵ :	<u>95 700 \$</u>
	484 300 \$

L'impôt américain de 382 500 \$ payé par Jean Fictif se qualifie d'IRTE, puisqu'il y exploite une entreprise. Jean Fictif bénéficie d'un crédit d'impôt fédéral pour IRTE de 210 375 \$, soit le moindre de :

- 210 375 \$, soit 55 % de l'IRTE payé aux États-Unis;
- 242 150 \$, soit la proportion de l'impôt fédéral payable⁵⁶ par Jean Fictif (484 300 \$) que représente le revenu d'entreprise américain (1 M\$) du revenu total (2 M\$) de Jean Fictif;
- 484 300 \$, soit l'impôt fédéral payable⁵⁷ par Jean Fictif.

L'IRTE qui ne fait pas l'objet d'un crédit d'impôt fédéral peut faire l'objet d'un report rétrospectif de trois ans ou prospectif de 10 ans.

L'impôt provincial de Jean Fictif⁵⁸ s'élève à 480 000 \$. L'article 772.8 L.I. permet à Jean Fictif de réclamer un crédit d'impôt québécois pour IRTE de 172 125 \$, correspondant au moindre de :

- 172 125 \$, soit 45 % de l'IRTE payé aux États-Unis;
- 240 000 \$, soit la proportion de l'impôt québécois autrement payable par Jean Fictif (480 000 \$) que représente son revenu d'entreprise exploitée aux États-Unis par le biais d'un établissement stable qui y est situé (1 M\$) de son revenu total (2 M\$);

⁵⁴ 29 % x 2 M\$.

⁵⁵ 16,5 % x 580 000 \$ x (2 M\$/2 M\$). Cet abattement se calcule sans tenir compte des crédits d'impôt pour IRTE et IRPPE.

⁵⁶ En vertu du Décret de remise, on tient compte de l'abattement de 16,5 % pour revenu gagné au Québec dans ce calcul.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ Calculé à 24 % à l'égard de la totalité du revenu imposable de Jean Fictif.

- 480 000 \$, soit l'impôt québécois autrement payable par Jean Fictif.

En résumé, Jean Fictif paie un impôt américain de 382 500 \$, un impôt fédéral de 273 925 \$, et un impôt québécois de 307 875 \$, soit 964 300 \$ en tout, représentant un taux effectif d'impôt de 48,22 % sur son revenu total de 2 M\$. Les mécanismes fédéraux et provinciaux de crédit d'impôt pour IRTE fonctionnent parfaitement.

1.1.2. Gain lors de la disposition

1.1.2.1. Traitement fiscal américain

i) Assujettissement à l'impôt

Gain en capital

Depuis les modifications apportées à l'*Internal Revenue Code* lors de l'adoption du *Foreign Investment in Real Property Tax Act of 1980*⁵⁹, le gain provenant de la disposition par un non-résident d'un bien immeuble⁶⁰ est réputé être effectivement lié à l'exploitation d'une entreprise aux États-Unis, même si le revenu de location généré par ce bien immeuble est considéré comme du revenu passif.

Ainsi, en vertu de l'article 897 I.R.C., toute disposition d'un immeuble locatif sera une transaction assujettie à l'impôt américain. Lorsque l'immeuble est vendu par un individu, le taux d'impôt fédéral sur le gain en capital sera celui applicable aux gains en capital à long terme (soit un maximum de 15 %) ⁶¹, pourvu qu'il s'agisse d'un bien en immobilisation et que l'individu détienne l'immeuble depuis au moins un an. Le tableau 3 ci-dessous indique les taux d'impôt fédéral applicables au gain en capital réalisé par un individu :

⁵⁹ INTERNAL REVENUE SERVICE, *Private Letter Ruling*, 96-499.

⁶⁰ L'*Internal Revenue Code* fait référence à un *United States Real Property Interest* (ci-après « USRPI »), et définit cette expression de façon très large.

⁶¹ En vertu d'amendements à l'*Internal Revenue Code* apportés par le *Jobs and Growth Tax Relief Reconciliation Act of 2003*. Comme tous les *Reconciliation Acts*, cette loi est assortie d'une *sunset clause*, qui fera perdre tout effet à la loi à compter de 2009, à moins que le législateur américain n'adopte une nouvelle loi prévoyant une réduction permanente de l'impôt sur le gain en capital. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, le taux maximum d'impôt fédéral sur le gain en capital applicable à un individu était de 20 %.

Tableau 3 – Paliers d’impôt fédéral américain sur le gain en capital

Montant du revenu imposable (\$ US)			Taux d’impôt fédéral
0	-	7 150	5 %
7 150	-	29 050	5 %
29 050	-	70 350	15 %
70 350	-	146 750	15 %
146 750	-	319 100	15 %
319 100 et plus			15 %

Les États et certaines villes américaines traitent habituellement le gain en capital réalisé lors de la disposition d’un immeuble⁶² de la même façon que le revenu d’entreprise. À titre d’exemple, nous utiliserons encore une fois un taux de 5 %, représentatif de ces impôts, qui sont également déductibles dans le calcul du revenu fédéral. Ainsi, en tenant compte de l’impôt prélevé par les États et les villes, de même que de la déduction de cet impôt aux fins fédérales, le taux marginal maximum sur les gains en capital réalisés par un individu que nous utilisons à titre d’exemple est de 19,25 %.

La *Convention* ne change en rien ce résultat : en effet, l’article XIII(1) de la *Convention* donne expressément le pouvoir aux États-Unis d’imposer tout gain en capital réalisé par un non-résident lors de la disposition d’un bien immeuble situé aux États-Unis : « Les gains qu’un résident d’un État contractant tire de l’aliénation de biens immeubles situés dans l’autre État contractant sont imposables dans cet autre État. »

Récupération d’amortissement

L’*Internal Revenue Code* prévoit que le propriétaire d’un immeuble locatif doit⁶³ déduire dans le calcul de son revenu un montant relatif à la dépréciation. Lorsqu’il s’agit d’un immeuble résidentiel, la déduction prévue par l’*Internal Revenue Code* est un amortissement linéaire sur une période de

⁶² Pourvu que celui-ci y soit situé.

⁶³ Il s’agit d’une obligation et non d’un choix.

27,5 ans (soit 3,17 % du coût de l'immeuble, par année)⁶⁴. Lorsqu'il s'agit d'un immeuble commercial ou industriel, la déduction est un amortissement linéaire sur une période de 31,5 ans (soit 3,64 % par année).

Contrairement au système fiscal canadien, l'amortissement réclamé par le propriétaire de l'immeuble selon le système décrit ci-dessus ne donne pas lieu à une récupération d'amortissement lors de la vente. Ce montant est plutôt traité comme un gain en capital, assujéti à l'impôt américain (au taux fédéral de 15 %, auquel s'ajoutent les impôts des États et villes) selon les règles décrites à la section « Gain en capital » ci-dessus.

ii) Retenue à la source

La disposition par un non-résident d'un immeuble situé aux États-Unis est assujéti à une retenue d'impôt à la source américaine. Cette retenue d'impôt représente 10 %⁶⁵ du produit de disposition du bien immeuble, et l'obligation de la percevoir incombe à l'acquéreur du bien immeuble⁶⁶. Ce dernier doit remettre à l'Internal Revenue Service (ci-après « IRS ») le montant de la retenue d'impôt dans les 20 jours suivant le transfert du bien immeuble. Si l'acquéreur ne remplit pas ces obligations, il est tenu responsable, en plus du paiement de la retenue d'impôt, du paiement des intérêts et pénalités. Le montant retenu à la source est par la suite crédité à l'encontre de l'impôt américain dû par le non-résident⁶⁷.

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, la retenue d'impôt de 10 % s'applique au produit de disposition du bien immeuble. Évidemment, cela peut entraîner une situation où la retenue d'impôt est plus élevée que l'impôt payable par le non-résident (par exemple, si aucun gain n'est réalisé, ou si le gain réalisé est minime). La retenue excédentaire n'est remboursée au vendeur que lorsque ce dernier produit sa déclaration de revenu américaine pour l'année de la disposition. Afin d'éviter une telle situation, le vendeur peut demander la délivrance d'un certificat de retenue⁶⁸. Si une telle demande est produite, l'obligation de l'acquéreur de remettre la retenue de 10 %, qui doit normalement être effectuée dans les 20 jours suivant la

⁶⁴ I.R.C., § 168.

⁶⁵ I.R.C., § 1445(a).

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ I.R.C., § 1462.

⁶⁸ *Withholding certificate*, I.R.C. § 1445(b)(4), Reg. 1.1445-3(a).

disposition du bien immobilier, est reportée au 20^e jour suivant la mise à la poste par l'IRS du certificat de retenue ou d'un avis refusant la délivrance de celui-ci. Le report des obligations de l'acquéreur n'a lieu que si la demande de certificat de retenue est soumise à l'IRS le ou avant le moment du transfert.

L'IRS délivre habituellement un certificat de retenue dans les situations suivantes : i) s'il est approprié de réduire le montant de la retenue d'impôt en raison du fait que la retenue normale (10 %) excède le montant d'impôt que le vendeur doit payer à la suite de la disposition du bien immobilier, ii) si la réduction de la retenue ne met pas en péril la perception de l'impôt résultant de la disposition, ou iii) si une sûreté est donnée garantissant le paiement de l'impôt découlant de la disposition du bien immobilier.

1.1.2.2. Traitement fiscal canadien

i) Gain en capital

Le gain en capital imposable réalisé par l'individu lors de la disposition de l'immobilier est inclus dans le calcul de son revenu⁶⁹. Les paliers d'imposition illustrés au tableau 2 ci-dessus s'appliquent au gain en capital imposable ainsi réalisé.

ii) Récupération d'allocation du coût en capital

Lors de la vente de l'immobilier, il y aura récupération d'allocation du coût en capital (ci-après « ACC ») d'un montant correspondant à la différence entre, d'une part, le moindre du produit de disposition et du coût en capital de l'immobilier et, d'autre part, la fraction non amortie du coût en capital (ci-après « FNACC ») de celui-ci⁷⁰.

La caractérisation de la récupération d'ACC suit celle du revenu de location : elle constitue donc du revenu de biens, ou du revenu d'entreprise. Cette distinction est pertinente aux fins du type de crédit pour impôt étranger dont l'individu peut bénéficier.

Les paliers d'imposition illustrés au tableau 2 ci-dessus s'appliquent à la récupération d'ACC.

⁶⁹ Div. 3b)(i)(A) L.I.R.

⁷⁰ Par. 13(1) L.I.R.

iii) Crédit d'impôt pour impôt étranger

Gain en capital

L'individu peut obtenir un crédit d'impôt fédéral relativement au montant d'impôt qu'il paie aux États-Unis à l'égard du gain en capital réalisé lors de la vente de l'immeuble. Ce crédit d'impôt est accordé en vertu du paragraphe 126(1) L.I.R., tel qu'il est mentionné par l'ARC au paragraphe 2 du *Bulletin d'interprétation* IT-395R2⁷¹:

« Étant donné que les gains en capital imposables ne sont pas considérés comme un revenu tiré d'une entreprise aux fins de l'impôt au Canada, les gains en capital imposables et les pertes en capital déductibles de source étrangère influenceront sur le calcul du crédit pour impôt étranger prévu au paragraphe 126(1) (au titre de l'impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise), comme il en sera fait mention dans les numéros qui suivent. »

Toutefois, le paragraphe 20(12) L.I.R. ne permet aucune déduction de l'IRPPE dans le calcul du revenu de l'individu, puisqu'il ne prévoit une déduction que pour l'impôt étranger payé à l'égard de revenu de bien ou d'entreprise, ce qu'un gain en capital n'est pas⁷². L'article 146.1 L.I. est au même effet.

Récupération d'ACC

Si le revenu de location est considéré comme du revenu d'entreprise aux fins fiscales canadiennes, l'impôt américain payé sur la partie du gain en capital que l'on aurait considéré au Canada comme de la récupération d'amortissement se qualifie d'IRTE, et les règles décrites à la section « Crédit d'impôt relatif à l'IRTE » ci-dessus s'appliquent.

Si le revenu de location est considéré comme du revenu de biens aux fins fiscales canadiennes, l'impôt américain payé est de l'IRPPE à l'égard de la totalité du gain réalisé aux fins américaines, et les règles décrites aux sections « Crédit d'impôt relatif à l'IRPPE » et « Déduction de l'IRPPE dans le calcul du revenu » ci-dessus s'appliquent.

⁷¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 26.

⁷² *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 2003-0003095, 10 avril 2003.

1.1.2.3. Exemple

Le 1^{er} janvier 2005, Jean Fictif dispose de son immeuble pour 10 M\$. Aux fins canadiennes, il en résulte un gain en capital de 5 M\$, et une récupération d'ACC⁷³ de 1 M\$. Aux fins américaines, Jean Fictif est considéré comme ayant réalisé un gain en capital de 6 M\$.

L'impôt américain (fédéral et État) payable par Jean Fictif s'élève à 1 155 000 \$⁷⁴.

La seule autre source de revenu de Jean Fictif est un revenu d'intérêt (de source canadienne) au montant de 1 M\$, auquel s'ajoute la récupération d'amortissement (1 M\$) ainsi que la partie imposable du gain en capital (2,5 M\$), pour un revenu imposable total de 4,5 M\$.

L'impôt fédéral payable par Jean Fictif se calcule comme suit :

Impôt fédéral de base ⁷⁵ :	1 305 000 \$
Moins abattement pour revenu gagné au Québec ⁷⁶ :	<u>215 325 \$</u>
	1 089 675 \$

L'impôt américain payé par Jean Fictif se qualifie en partie d'IRPPE (pour l'impôt payable relativement au gain en capital⁷⁷) et d'IRTE (pour l'impôt payable à l'égard de la récupération d'amortissement⁷⁸, bien que celle-ci soit considérée comme un gain en capital aux fins américaines).

Jean Fictif bénéficie d'un crédit d'impôt fédéral pour IRPPE de 605 375 \$, soit le moindre de :

- 962 500 \$, soit l'IRPPE payé aux États-Unis;

⁷³ Traitée comme un gain en capital aux fins américaines.

⁷⁴ $19,25 \% \times 6 \text{ M\$}$.

⁷⁵ $29 \% \times 2 \text{ M\$}$.

⁷⁶ $16,5 \% \times 1\,305\,000 \$ \times (4,5 \text{ M\$}/4,5 \text{ M\$})$.

⁷⁷ Soit $5 \text{ M\$}/6 \text{ M\$} \times 1\,155\,000 \$$, ou 962 500 \$. Nous ne croyons pas que ce calcul doive être fondé sur la partie imposable du gain en capital.

⁷⁸ Soit $1 \text{ M\$}/6 \text{ M\$} \times 1\,155\,000 \$$, ou 192 500 \$.

- 605 375 \$, soit la proportion de l'impôt fédéral payable par Jean Fictif⁷⁹ (1 089 675 \$) que représente son revenu provenant des États-Unis (sans tenir compte du revenu d'entreprise provenant de ce pays) (2,5 M\$) de son revenu total (4,5 M\$).

Jean Fictif ne peut déduire l'excédent de son IRPPE puisque le paragraphe 20(12) L.I.R. ne s'applique pas à l'IRPPE résultant d'un gain en capital.

Jean Fictif bénéficie d'un crédit d'impôt fédéral pour IRTE de 105 875 \$, soit le moindre de :

- 105 875 \$, soit 55 % de l'IRTE payé aux États-Unis;
- 242 150 \$, soit la proportion de l'impôt fédéral payable par Jean Fictif (1 089 675 \$) que représente le revenu d'entreprise américain (1 M\$) de son revenu total (4,5 M\$);
- 484 300 \$, soit l'impôt fédéral payable⁸⁰ par Jean Fictif (1 089 675 \$), après déduction du crédit d'impôt pour IRPPE (605 375 \$).

L'impôt québécois de Jean Fictif s'élève à 1 080 000 \$⁸¹. Jean Fictif peut réclamer un crédit d'impôt québécois pour IRPPE de 357 125 \$, soit le moindre de :

- 357 125 \$, soit l'IRPPE payé aux États-Unis (962 500 \$), moins le montant du crédit d'impôt fédéral attribué à l'égard de cet IRPPE (605 375 \$);
- 600 000 \$, soit la proportion de l'impôt québécois payable par Jean Fictif (1 080 000 \$) que représente son revenu provenant des États-Unis (sans tenir compte du revenu d'entreprise provenant de ce pays) (2,5 M\$) de son revenu total (4,5 M\$).

⁷⁹ Après déduction de l'abattement d'impôt de 16,5 % pour revenu gagné au Québec prévu au paragraphe 120(2) L.I.R., et sans tenir compte du crédit d'impôt pour dividendes prévu à l'article 121 L.I.R.

⁸⁰ Calculé en tenant compte de l'abattement pour revenu gagné au Québec, en raison du Décret de remise.

⁸¹ $24 \% \times 4,5 \text{ M\$}$.

L'article 772.8 L.I. permet à Jean Fictif de réclamer un crédit d'impôt québécois pour IRTE de 86 625 \$, correspondant au moindre de :

- 86 625 \$, soit 45 % de l'IRTE payé aux États-Unis;
- 240 000 \$, soit la proportion de l'impôt québécois autrement payable par Jean Fictif (1 080 000 \$) que représente son revenu d'entreprise exploitée aux États-Unis (1 M\$) de son revenu total (4,5 M\$);
- 722 875 \$, soit l'impôt québécois autrement payable par Jean Fictif (1 080 000 \$), après déduction du crédit d'impôt pour IRPPE attribué en vertu de l'article 772.6 L.I. (357 125 \$).

En résumé, Jean Fictif paie un impôt américain de 1 155 000 \$, un impôt fédéral de 378 425 \$ et un impôt québécois de 636 250 \$, soit 2 169 675 \$ en tout, représentant un taux effectif d'impôt de 48,22 %. Le système fiscal fédéral et québécois fonctionne parfaitement à l'égard de la vente de l'immeuble par Jean Fictif dans la situation décrite ci-dessus.

1.1.3. Décès de l'individu

1.1.3.1. Traitement fiscal américain

i) Principes généraux

En droit fiscal américain, le décès d'un individu n'entraîne aucune disposition réputée de ses biens.

Toutefois, toute personne qui possède la citoyenneté américaine ou qui réside aux États-Unis est assujettie, à son décès, à un impôt successoral sur la valeur de l'ensemble de ses biens⁸². Dans les paragraphes qui suivent, nous résumerons les principales règles de l'impôt successoral américain⁸³.

⁸² I.R.C., § 2001.

⁸³ Pour une étude plus détaillée de ces règles, avec un accent particulier sur les règles applicables à un résident du Canada, voir Susan KLEIN, « U.S. Estate, Gift, and Generation-Skipping Transfer Tax Issues for Canadians », dans *1995 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1996, pp. 20:1-32; Marla WEISS et Edward C. NORTHWOOD, « US Tax Rules Affecting International Planning for the High-Net-Worth Canadian Individual », dans *2003 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004, pp. 49:1-68; et Martin LORD, « Réflexes et planification dans un contexte transfrontalier Canada- (à suivre...) »

L'impôt successoral américain peut atteindre 48 % de la valeur des biens du défunt, tel que le démontre le tableau qui suit :

Tableau 4 – Impôt américain sur les successions

Valeur des biens situés aux États-Unis (\$ US)			Taux d'impôt
0	-	10 000	18 %
10 000	-	20 000	20 %
20 000	-	40 000	22 %
40 000	-	60 000	24 %
60 000	-	80 000	26 %
80 000	-	100 000	28 %
100 000	-	150 000	30 %
150 000	-	250 000	32 %
250 000	-	500 000	34 %
500 000	-	750 000	37 %
750 000	-	1 000 000	39 %
1 000 000	-	1 250 000	41 %
1 250 000		1 500 000	43 %
1 500 000		2 000 000	45 %
2 000 000			48 %

(...suite)

États-Unis », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 5:1-39.

En vertu du *Economic Growth and Tax Relief Reconciliation Act of 2001*⁸⁴, l'impôt successoral américain sera aboli en 2010⁸⁵. Certains États américains aboliront également leur impôt successoral. D'ici 2010, il y aura réduction progressive des taux d'impôt successoral et augmentation du crédit global. Le tableau 5 qui suit démontre l'échéancier de réduction du taux le plus élevé de l'impôt successoral :

Tableau 5 – Réduction du taux maximal d'impôt successoral fédéral

Année	Taux maximal d'impôt successoral fédéral
2001	55 % (avant surtaxe)
2002	50 %
2003	49 %
2004	48 %
2005	47 %
2006	46 %
2007	45 %
2008	45 %
2009	45 %
2010	Aboli

⁸⁴ INTERNAL REVENUE SERVICE, *Private Letter Rule*, 107-16 (ci-après « *Tax Relief Act of 2001* »).

⁸⁵ Toutefois, cette loi perdra son effet en 2011 (par le biais d'une *sunset clause*), ce qui signifie que le système des droits successoraux sera, à compter du 1^{er} janvier 2011, ramené à celui en vigueur avant l'adoption de cette loi, soit en 2001, à moins que le législateur américain n'adopte une nouvelle loi qui l'abolirait de façon permanente.

ii) Règles applicables à un résident du Canada

Un individu qui n'a pas la citoyenneté américaine et qui ne réside pas aux États-Unis est également assujéti à l'impôt successoral américain. Toutefois, l'assiette de cet impôt est différente, puisqu'elle ne comprend que les biens situés aux États-Unis⁸⁶ au moment du décès de l'individu. Un immeuble situé aux États-Unis et détenu par un Québécois lors de son décès est donc assujéti à l'impôt successoral américain. Il en va de même des actions d'une compagnie américaine que l'individu détient au moment de son décès⁸⁷.

De plus, certains États américains imposent un impôt sur les successions⁸⁸. L'impôt sur les successions payé à un État donne droit à un crédit d'impôt successoral fédéral⁸⁹, calculé en fonction de la proportion que la valeur des biens assujétiés à l'impôt successoral de l'État représente de la valeur des biens assujétiés à l'impôt successoral américain. Avant 2001, le crédit fédéral attribué pour l'impôt successoral payé aux États avait pour effet d'éliminer toute incidence sur ce dernier. Toutefois, le *Tax Relief Act of 2001* prévoit une réduction progressive du crédit pour impôt successoral payé aux États (le crédit est de 25 % du montant de l'impôt successoral payé aux États en 2004) et, à compter de 2005, l'impôt successoral payé aux États ne donne plus droit à un crédit d'impôt successoral fédéral, mais plutôt à une déduction dans le calcul de la valeur de la succession aux fins d'impôt successoral. Ainsi, l'impôt successoral des États est maintenant un facteur pertinent; par contre, il ne fait aucun doute que les dispositions du *Tax Relief Act of 2001* seront modifiées avant la mise en application de la *sunset clause* (soit en 2011). Aux fins de simplicité, nous ne tenons pas compte de l'impôt successoral étatique dans nos exemples.

iii) Exemption pour les successions de moins de 1,2 M\$ US

L'article XXIX B(8) de la *Convention* prévoit une exemption d'impôt successoral américain pour les successions dont la valeur des biens mondiaux est de moins de 1,2 M\$ US. Toutefois, cette exemption ne

⁸⁶ I.R.C., § 2103.

⁸⁷ I.R.C., § 2104.

⁸⁸ Notamment la Floride, New York, le Vermont, le Texas et l'Arizona.

⁸⁹ I.R.C., § 2102(a).

s'applique pas à l'égard des biens immeubles situés aux États-Unis⁹⁰, qui sont assujettis à l'impôt successoral américain, quelle que soit la valeur totale de la succession.

iv) Déductions

La succession peut réclamer une déduction pour, notamment, les frais funéraires et les dettes du défunt⁹¹. Pour un résident du Canada, seule la proportion de ces montants que représente la valeur des biens situés aux États-Unis de la valeur des biens mondiaux du défunt peut être réclamée en déduction⁹². Une exception à cette règle de proportionnalité est le montant des dettes à recours limités (*non-recourse debt*), que nous étudierons plus en détail à la section 2.5. ci-dessous.

v) Crédit global (*unified credit*)

En vertu du droit interne américain, la succession d'un individu peut réclamer un crédit d'impôt successoral (communément appelé le *unified credit*), d'un montant correspondant à l'impôt successoral payable à l'égard de biens d'une valeur de 1,5 M\$ US⁹³.

Le *Tax Relief Act of 2001* prévoit une augmentation graduelle du crédit global d'ici 2009. Le tableau 6 ci-dessous démontre le montant du crédit global pour les prochaines années :

⁹⁰ *Convention*, précitée, note 4, art. XXIX(8) et XIII(3)(a). L'impôt successoral s'appliquera également aux actions d'une société américaine, si ces actions constituent un USRPI au sens de l'*Internal Revenue Code*.

⁹¹ I.R.C., § 2053(a).

⁹² I.R.C., § 2106(a)(1).

⁹³ Pour l'année 2004, le crédit d'impôt successoral est donc de 555 800 \$.

Tableau 6 – Augmentation du crédit global

Année	Montant du crédit global (\$ US)
2001	675 000
2002	1 000 000
2003	1 000 000
2004	1 500 000
2005	1 500 000
2006	2 000 000
2007	2 000 000
2008	2 000 000
2009	3 500 000
2010	Aboli

En vertu de l'article XXIX B(2) de la *Convention*, un individu qui réside au Canada peut se prévaloir d'un crédit global modifié afin de réduire le montant de l'impôt successoral américain. Le crédit global dont un résident du Canada dispose est le plus élevé des deux montants suivants :

- 60 000 \$ US⁹⁴; et
- le montant du crédit global en vigueur aux États-Unis (1,5 M\$ US en 2004), multiplié par la proportion que la valeur des biens situés aux États-Unis représente de la valeur des biens mondiaux du défunt⁹⁵.

⁹⁴ *Convention*, art. XXIX B(2)(b) et I.R.C., § 2102(b)(1).

⁹⁵ *Convention*, art. XXIX B(2)(a).

vi) Transfert au conjoint survivant

En vertu du droit interne américain, une succession peut réclamer une déduction illimitée⁹⁶ à l'égard des biens légués au conjoint ou à un *qualified terminable interest property trust* ou QTIP⁹⁷. Si le conjoint survivant n'est pas citoyen américain, les biens doivent être transférés à un type plus précis de fiducie, le *qualified domestic trust* (ci-après « QDOT ») afin de bénéficier de la déduction illimitée. Cette déduction illimitée a en quelque sorte pour effet de reporter l'assujettissement des biens du défunt à l'impôt successoral au décès de son conjoint survivant⁹⁸.

La succession d'un résident du Canada peut se prévaloir des règles de droit interne américain applicables à la succession d'un non-résident. Par exemple, une déduction illimitée est accordée à l'égard de tout bien transféré à un QDOT⁹⁹. Lorsqu'un QDOT est mis en place, l'impôt successoral américain est différé jusqu'au décès du conjoint. Toutefois, l'impôt successoral américain devient payable immédiatement à l'égard de toute distribution de capital que le QDOT effectue avant cette date (sauf circonstances exceptionnelles).

Brièvement, un QDOT est une fiducie qui remplit les conditions suivantes :

- au moins l'un des fiduciaires est un citoyen américain ou une compagnie américaine;
- la fiducie doit prévoir qu'aucune distribution du capital de la fiducie ne peut être effectuée sans que le fiduciaire déduise le montant de l'impôt successoral payable à l'égard de cette distribution;
- si l'actif du QDOT est plus élevé que 2 M\$ US, un mécanisme de sûreté doit être mis en place afin de garantir le paiement de l'impôt successoral différé¹⁰⁰;

⁹⁶ I.R.C., § 2056.

⁹⁷ M. WEISS et E. C. NORTHWOOD, *loc. cit.*, note 83, 49:37.

⁹⁸ De façon similaire, bien qu'il s'agisse d'un système d'imposition différent au roulement fiscal prévu au paragraphe 70(6) L.I.R.

⁹⁹ I.R.C., § 2056(d)(2).

¹⁰⁰ Pour une description de ces mécanismes, voir S. KLEIN, *loc. cit.*, note 83, 20:8.

- si l'actif du QDOT est inférieur à 2 M\$ US, le mécanisme de sûreté décrit au paragraphe précédent doit être mis en place, ou l'acte de fiducie doit prévoir que la fiducie ne peut détenir plus de 35 % de son actif sous forme de biens immeubles situés hors des États-Unis.

Par ailleurs, la succession d'un résident du Canada peut se prévaloir d'un crédit d'impôt successoral à l'égard des biens légués au conjoint en vertu de l'article XXIX B(3) de la *Convention*. Toutefois, ce crédit n'est pas illimité. En effet, l'article XXIX B(4) fait en sorte que le montant du crédit pour biens légués au conjoint ne peut excéder le moindre :

- du montant du crédit global dont la succession dispose. Ainsi, le crédit pour biens légués au conjoint peut doubler le montant du crédit global dont dispose la succession;
- du montant de l'impôt successoral calculé sur la valeur des biens légués au conjoint.

Afin de pouvoir bénéficier du crédit pour biens légués au conjoint prévu à la *Convention*, le liquidateur de la succession doit choisir d'invoquer les dispositions de l'article XXIX B(3) de la *Convention* et doit renoncer à se prévaloir de la déduction pour biens légués au conjoint prévue en droit interne américain (c'est-à-dire des règles de QDOT décrites ci-dessus)¹⁰¹.

1.1.3.2. Traitement fiscal canadien

i) Gain en capital

Un individu est réputé avoir disposé, immédiatement avant son décès, de ses biens en immobilisation¹⁰², ce qui comprend un immeuble locatif, et avoir reçu de leur disposition un produit égal à leur juste valeur marchande (ci-après « JVM ») immédiatement avant son décès, à moins que l'individu ne lègue ses biens à son conjoint survivant ou encore à une fiducie exclusive au bénéfice de son conjoint survivant pour ainsi profiter du roulement fiscal prévu au paragraphe 70(6) L.I.R.

Si l'immeuble a augmenté de valeur depuis son acquisition, le défunt réalise un gain en capital correspondant à la différence entre la JVM de

¹⁰¹ *Convention*, art. XXIX B(3)d).

¹⁰² Al. 70(5)a) L.I.R.

l'immeuble et son prix de base rajusté (ci-après « PBR »)¹⁰³. La moitié de ce gain en capital est incluse dans le revenu du défunt¹⁰⁴.

ii) Récupération d'ACC

Si le défunt a réclamé de l'ACC au fil des ans, il y aura récupération de celle-ci en raison de la disposition réputée entraînée par le décès. Ce montant se qualifie soit de revenu de biens, soit de revenu d'entreprise, ce qui est pertinent aux fins du type de crédit pour impôt étranger (IRTE ou IRPPE) dont la succession peut bénéficier.

iii) Crédit pour impôt étranger

En vertu de l'article XXIX B de la *Convention*, le montant de l'impôt successoral américain payable par la succession de l'individu est déductible de l'impôt fédéral payable à l'égard des revenus, bénéfices et gains provenant (au sens du paragraphe 3 de l'article XXIV de la *Convention*) des États-Unis. Cela comprend le gain en capital découlant de la disposition réputée de l'immeuble, le revenu de location gagné durant l'année du décès et, bien que cela ne soit pas entièrement clair, la récupération d'ACC. Malheureusement, le Québec ne permet pas à la succession de réclamer un crédit pour impôt successoral américain¹⁰⁵.

1.1.3.3. Exemple

Jean Fictif décède le 31 décembre 2004. Par testament, il lègue la totalité de ses biens à sa fille Marie, qui réside au Québec. La JVM de son immeuble aux États-Unis est de 10 M\$, alors que la JVM de ses autres biens est de 30 M\$. Aux fins canadiennes, le décès de Jean Fictif entraîne un gain en capital de 5 M\$ et une récupération d'ACC de 1 M\$.

La valeur de la succession de Jean Fictif assujettie à l'impôt successoral américain est de 10 M\$. L'impôt successoral payable par la succession de Jean Fictif s'élève à 4 620 800 \$.

¹⁰³ Al. 40(1)a) L.I.R.

¹⁰⁴ Al. 38a) L.I.R.

¹⁰⁵ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 44:1-80, question 8.1.2, aux pages 44:53-54.

La succession de Jean Fictif peut réclamer un crédit global de 375 000 \$ US (soit 487 500 \$), calculé comme suit :

$$\text{Crédit global (1,5 M\$)} \times \frac{10 \text{ M\$ (valeur des biens situés aux États-Unis)}}{40 \text{ M\$ (valeur des biens mondiaux)}}$$

Cela signifie une réduction de 113 300 \$ US¹⁰⁶ (147 290 \$) de l'impôt successoral. Ainsi, l'impôt successoral payable par la succession s'élève à 4 473 510 \$ après crédit.

Le revenu de biens de source canadienne de Jean Fictif pour l'année de son décès s'élève à 1 M\$, auquel s'ajoute la récupération d'amortissement (1 M\$) ainsi que la partie imposable du gain en capital (2,5 M\$), pour un revenu imposable total de 4,5 M\$.

L'impôt fédéral payable par Jean Fictif se calcule comme suit :

Impôt fédéral de base ¹⁰⁷ :	1 305 000 \$
Moins abattement pour revenu gagné au Québec ¹⁰⁸ :	<u>215 325 \$</u>
	1 089 675 \$

L'impôt successoral américain payé par la succession de Jean Fictif ne se qualifie ni d'IRTE ni d'IRPPE, puisqu'il ne s'agit pas d'un impôt sur le revenu. Aucun crédit d'impôt ni aucune déduction n'est donc disponible à son égard en vertu des paragraphes 126(1), 126(2) et 20(12) L.I.R., et en vertu des articles 772.6, 772.8 et 146.1 L.I.

Par contre, l'article XXIX B(6) de la *Convention* prévoit que la succession de Jean Fictif peut réclamer un crédit fédéral à l'égard de l'impôt successoral américain. Le montant de ce crédit sera limité à l'impôt fédéral relatif aux revenus de source américaine de Jean Fictif, soit le gain en capital et la récupération d'ACC (nous faisons abstraction à titre d'exemple du revenu de location). Selon nous, le crédit d'impôt attribué en vertu de la *Convention* sera de 1 015 000 \$¹⁰⁹, calculé comme suit :

¹⁰⁶ Soit l'impôt successoral américain imposable sur des biens d'une valeur de 375 000 \$.

¹⁰⁷ 29 % x 4,5 M\$.

¹⁰⁸ 16,5 % x 1 305 000 \$ x (4,5 M\$/4,5 M\$).

¹⁰⁹ Soit 3,5 M\$/4,5 M\$ x 1 305 000 \$.

Impôt fédéral autrement payable x $\frac{\text{Revenus et gains de sources américaines}}{\text{Revenu total}}$ ¹¹⁰

Et l'impôt fédéral payable par la succession sera calculé comme suit :

Impôt fédéral de base :	1 305 000 \$
Moins crédit pour impôt successoral :	(1 015 000 \$)
Moins abattement pour revenu gagné au Québec ¹¹¹ :	<u>47 850 \$</u>
	242 150 \$

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, le Québec n'attribue aucun crédit d'impôt à l'égard de l'impôt successoral américain, et celui-ci ne se qualifie ni d'IRTE ni d'IRPPE. Ainsi, l'impôt québécois payable par la succession est de 1 080 000 \$.

En résumé, la succession de Jean Fictif paie un impôt successoral américain de 4 473 510 \$, un impôt fédéral de 242 150 \$ et un impôt québécois de 1 080 000 \$, soit 5 795 660 \$ en tout. Ce montant est astronomique et démontre clairement les conséquences sérieuses que l'impôt successoral américain peut entraîner, ainsi que les limites du système de crédit d'impôt pour impôt successoral américain que l'on retrouve à l'article XXIX B de la *Convention*.

1.1.3.4. Résumé : détention personnelle

L'exercice ci-dessus nous permet de tirer les conclusions suivantes : la détention personnelle est efficace en ce qui a trait au revenu de location et constitue un excellent choix lors de la vente de l'immeuble, puisque le taux d'impôt sur le gain en capital américain (19,25 % dans notre exemple) est similaire au taux combiné fédéral-québécois (24,11 %). Toutefois, ce mode de détention entraînera souvent des conséquences fiscales sérieuses lors du décès de l'individu, si aucune des techniques de réduction de l'impôt successoral américain (dont certaines sont décrites à la section 2. ci-dessous) n'est mise en place.

¹¹⁰ Soit 1 305 000 \$ x 3,5 M\$/4,5 M\$.

¹¹¹ 16,5 % x (1 305 000 \$ - 1 015 000 \$) x (4,5 M\$/4,5 M\$).

1.2. DÉTENTION PAR USCo

1.2.1. Revenu de location

1.2.1.1. Traitement fiscal américain

Puisque USCo est un contribuable américain, le régime à deux vitesses applicable à un Canadien (impôt de 30 % sur le revenu brut pour le revenu passif et régime général pour le revenu d'entreprise) n'est plus pertinent : seul le régime général d'imposition s'applique. Ainsi, USCo sera assujettie à l'impôt corporatif américain sur son revenu net, selon les taux suivants :

Tableau 7 – Impôt corporatif fédéral

Revenu imposable (\$ US)			Taux d'impôt fédéral
0	-	50 000	15 %
50 000	-	75 000	25 %
75 000	-	100 000	34 %
100 000	-	335 000	39 %
335 000	-	10 000 000	34 %
10 000 000	-	15 000 000	35 %
15 000 000	-	18 333 333	38 %
18 333 333	-		35 %

La plupart des États et certaines villes américaines prélèvent également un impôt sur le revenu gagné par une compagnie. Cet impôt est déductible dans le calcul du revenu aux fins fédérales américaines. À titre d'exemple, nous utilisons encore une fois un taux de 5 %, représentatif de l'impôt corporatif prélevé par les États et villes, ce qui signifie un taux combiné fédéral-étatique de 38,25 %.

1.2.1.2. Traitement fiscal canadien

Dans le présent scénario, un individu qui réside au Canada détient la totalité des actions de USCo. À l'égard de son actionnaire, USCo est une société étrangère affiliée contrôlée¹¹². Dès lors, la caractérisation du revenu gagné par USCo (revenu de biens, revenu provenant d'une entreprise de placement (ci-après « REP ») ou revenu provenant d'une entreprise exploitée activement (ci-après « REEA ») est une question fondamentale dans l'analyse du traitement fiscal canadien du revenu de location gagné par USCo.

i) Revenu de biens, incluant le REP

Dans l'arrêt *Canadian Marconi Co. c. La Reine*¹¹³, la Cour suprême du Canada a énoncé qu'il existe une présomption qu'une compagnie exerce une entreprise. Compte tenu de cette décision et du fait que le niveau d'activité requis afin qu'un revenu de biens ne devienne du revenu d'entreprise semble peu élevé, il est plutôt rare que le revenu de location d'un bien immeuble gagné par une compagnie se qualifie à titre de revenu de biens¹¹⁴.

Par conséquent, le revenu de location gagné par USCo se qualifie généralement de revenu d'entreprise¹¹⁵. Plus précisément, il s'agit habituellement de REP¹¹⁶. En résumé, une entreprise de placement est une entreprise dont le principal objet consiste à tirer un revenu de biens (au sens habituel de cette expression), à moins que les conditions suivantes ne soient remplies :

- USCo exploite son entreprise principalement avec des personnes avec lesquelles elle n'a aucun lien de dépendance;
- USCo emploie plus de cinq employés à temps plein dans le cadre de l'exploitation de son entreprise de location;

¹¹² Par. 95(1) L.I.R.

¹¹³ [1986] 2 R.C.S. 522.

¹¹⁴ Voir toutefois AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-73R6, « Déduction accordée aux petites entreprises », 25 mars 2002, par. 8.

¹¹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-177R2, « Établissement stable d'une corporation dans une province », 4 mai 1984, par. 7.

¹¹⁶ Par. 95(1) L.I.R.

- l'entreprise d'USCo consiste en la mise en valeur de biens immobiliers en vue de leur vente, ou en la location de biens.

Si le revenu d'entreprise de USCo ne constitue pas du REP en vertu de l'exclusion décrite ci-dessus, il s'agit de REEA, dont le traitement fiscal est décrit à la section « REEA » ci-dessous. S'il s'agit de REP, ce montant est inclus dans le revenu de biens de USCo en vertu du paragraphe 95(1) L.I.R., puisque celui-ci comprend ce type de revenu. Le revenu de biens est à son tour inclus dans le revenu étranger accumulé tiré de biens (ci-après « RÉATB »)¹¹⁷. Ainsi, que le revenu de USCo se qualifie de revenu de biens (au sens habituel de cette expression) ou qu'il s'agisse de REP, les règles de RÉATB s'appliquent à l'actionnaire de USCo.

Le présent texte n'a pas pour objectif d'effectuer une revue détaillée des règles de RÉATB¹¹⁸. Néanmoins, les paragraphes qui suivent résument l'application de ces règles à notre scénario¹¹⁹.

En vertu du paragraphe 91(1) L.I.R., le revenu de location gagné par USCo devra être inclus dans le calcul du revenu de son actionnaire canadien¹²⁰. L'actionnaire peut par contre déduire un montant relatif à l'impôt étranger accumulé¹²¹ de USCo dans le calcul de son revenu, en vertu du paragraphe 91(4) L.I.R. Plus précisément, l'actionnaire peut déduire un montant correspondant à deux fois¹²² l'impôt étranger accumulé de USCo. Cela vise à faire en sorte que, si le taux d'impôt américain applicable au revenu de location gagné par USCo est de 50 % ou plus, la déduction prévue

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ Nous suggérons au lecteur de consulter Tasso LAGIOS et Arda MINASSIAN, « Foreign Accrual Property Income : Pitfalls for the Unwary », dans *1999 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2000, pour une revue plus détaillée des règles de RÉATB.

¹¹⁹ Notre analyse dans les prochains paragraphes est effectuée en vertu des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les dispositions de la *Loi sur les impôts* sont au même effet.

¹²⁰ Il ne s'agit pas ici de simplement convertir le revenu net calculé aux fins américaines en dollars canadiens. En effet, le RÉATB doit être calculé selon les règles fiscales canadiennes, ce qui requiert plusieurs rajustements à l'égard du revenu calculé selon les règles fiscales américaines, dont l'amortissement fiscal.

¹²¹ Par. 95(1) L.I.R.

¹²² Soit le facteur fiscal approprié d'un individu, tel qu'il est défini au paragraphe A) de la définition de facteur fiscal approprié au paragraphe 95(1) L.I.R.

au paragraphe 91(4) L.I.R. élimine complètement le montant inclus dans le revenu de l'actionnaire en vertu du paragraphe 91(1) L.I.R.¹²³

Dans la mesure où la déduction prévue au paragraphe 91(4) L.I.R. n'est pas suffisante pour éliminer complètement l'incidence du montant inclus en vertu du paragraphe 91(1) L.I.R., le montant net sera ajouté au PBR des actions de USCo détenues par l'individu, en vertu du paragraphe 92(1) L.I.R. Cet ajout au PBR des actions est pertinent lorsqu'il y a disposition des actions de USCo, ou encore si USCo verse des dividendes à son actionnaire, comme nous le verrons ci-dessous.

ii) REEA

Si le revenu de USCo ne constitue pas du revenu de biens ni du REP (c'est-à-dire si USCo emploie plus de cinq employés à temps plein dans le cadre de l'exploitation de son entreprise de location), son revenu se qualifie de REEA, et les règles de RÉATB ne s'appliquent pas à celui-ci¹²⁴. L'actionnaire n'a donc aucun montant à inclure dans son revenu aussi longtemps qu'il n'a pas procédé au rapatriement des fonds de USCo.

1.2.1.3. Exemple

USFictCo est une société américaine dont l'actionnaire unique est Jean Fictif, qui réside au Québec. Le seul actif de USFictCo est un centre commercial aux États-Unis. USFictCo a quatre employés à temps plein. Le revenu net de location de USFictCo s'élève à 1 M\$.

L'impôt américain (fédéral et État) payable par USFictCo s'élève à 382 500 \$¹²⁵.

Le revenu de USFictCo est du RÉATB pour Jean Fictif. Celui-ci doit inclure la somme de 1 M\$ dans son revenu¹²⁶. Jean Fictif peut déduire le

¹²³ Sous réserve de certains facteurs, notamment l'écart pouvant exister entre le revenu calculé selon les règles américaines et le revenu calculé selon les règles canadiennes, ainsi que la possibilité pour un groupe de compagnies américaines de calculer son impôt de façon consolidée.

¹²⁴ Par. 95(1) L.I.R.

¹²⁵ Calculé au taux de 38,25 %, tel qu'il a été mentionné à la section 1.2.1.1. ci-dessus.

¹²⁶ Par. 91(1) L.I.R., en présumant que le revenu calculé selon les règles canadiennes est identique au revenu net calculé selon les règles américaines.

double de l'impôt étranger accumulé de USFictCo, soit 765 000 \$¹²⁷. Cette inclusion et cette déduction entraînent un montant net imposable de 235 000 \$. Ce même montant sera ajouté au PBR des actions de USFictCo détenues par Jean Fictif¹²⁸. Jean Fictif a par ailleurs un revenu de biens de source canadienne de 1 M\$.

L'impôt fédéral payable par Jean Fictif se calcule comme suit :

Impôt fédéral de base ¹²⁹ :	358 150 \$
Moins abattement pour revenu gagné au Québec ¹³⁰ :	<u>59 095 \$</u>
	299 055 \$

L'impôt provincial de Jean Fictif¹³¹ s'élève à 296 400 \$. L'impôt total payable par Jean Fictif s'élève à 595 455 \$.

1.2.2. Rapatriement des fonds

1.2.2.1. Traitement fiscal américain

Tout dividende versé par USCo à l'actionnaire canadien sera assujéti à une retenue d'impôt de 15 %, en vertu de l'article X(2)(b) de la *Convention*.

1.2.2.2. Traitement fiscal canadien

i) Inclusion au revenu

En vertu du paragraphe 90(1) L.I.R., tout dividende versé par USCo devra être inclus dans le calcul du revenu de son actionnaire canadien¹³².

¹²⁷ Par. 91(4) L.I.R.

¹²⁸ Par. 92(1) L.I.R.

¹²⁹ 29 % x 1 235 000 \$.

¹³⁰ 16,5 % x 358 150 \$ x (1 235 000 \$/1 235 000 \$).

¹³¹ 24 % x 1 235 000 \$.

¹³² Le mécanisme de majoration (al. 82(1)b) L.I.R.) et de crédit d'impôt (art. 121 L.I.R.) ne s'applique pas à l'égard de ce dividende, puisque USCo ne réside pas au Canada.

Si le revenu de USCo est considéré comme du REEA, l'actionnaire ne bénéficie d'aucune déduction à l'égard du dividende ainsi reçu. Ce dividende est assujéti à l'impôt fédéral et provincial aux taux décrits au tableau 2 ci-dessus.

Si le revenu de USCo est considéré comme du RÉATB, certaines règles particulières s'appliquent à son égard. Lorsque l'actionnaire est un individu, il peut déduire dans le calcul de son revenu un montant correspondant à la différence entre les montants ajoutés à son revenu en vertu du paragraphe 91(1) L.I.R. et les montants déduits en vertu du paragraphe 91(4) L.I.R. (c'est-à-dire le montant net de RÉATB qui a été assujéti à l'impôt canadien dans les mains de l'actionnaire au fil des ans)¹³³. Par conséquent, si l'actionnaire a dû par le passé s'imposer sur un montant net de RÉATB, ce montant peut lui être versé par USCo sous forme de dividende sans impôt canadien, ce qui évite un problème flagrant de double imposition.

ii) Crédit pour impôt étranger

Tel qu'il a été noté ci-dessus, le dividende versé par USCo est assujéti à un impôt américain prélevé à la source de 15 %. L'actionnaire de USCo peut réclamer un crédit d'impôt fédéral et québécois à l'égard de ce montant, qui constitue un IRPPE.

1.2.2.3. Exemple

USFictco utilise ses liquidités après impôts afin de verser un dividende de 617 500 \$ à Jean Fictif. L'impôt américain retenu à la source sur ce dividende est de 92 625 \$¹³⁴.

Jean Fictif doit inclure la somme de 382 500 \$¹³⁵ dans le calcul de son revenu aux fins fédérales et provinciales. La seule autre source de revenu de Jean Fictif est un revenu de biens de source canadienne de 1 M\$. Son revenu imposable total est donc de 1 382 500 \$.

L'impôt fédéral payable par Jean Fictif se calcule comme suit :

¹³³ Par. 91(5) L.I.R.

¹³⁴ *Convention*, art. X(2).

¹³⁵ Soit 617 500 \$ - 235 000 \$.

Impôt fédéral de base ¹³⁶ :	400 925 \$
Moins abattement québécois ¹³⁷ :	<u>66 153 \$</u>
	334 772 \$

Jean Fictif bénéficie d'un crédit d'impôt fédéral pour IRPPE de 92 625 \$, soit le moindre de :

- l'IRPPE (92 625 \$);
- 149 527 \$, soit la proportion de l'impôt fédéral payable¹³⁸ par Jean Fictif (334 772 \$) que son revenu provenant d'une source aux États-Unis, sans tenir compte de tout montant déduit en vertu du paragraphe 91(5) L.I.R. (617 500 \$), représente de son revenu total (1 382 500 \$).

L'impôt provincial de Jean Fictif est de 331 800 \$¹³⁹. Puisque la totalité de l'IRPPE a fait l'objet d'un crédit d'impôt fédéral, Jean Fictif ne peut réclamer de crédit d'impôt provincial pour IRPPE.

En résumé, Jean Fictif paie un impôt américain de 92 625 \$, un impôt fédéral de 242 147 \$ et un impôt québécois de 331 800 \$, soit 666 572 \$ en tout.

N'eût été l'impôt payable par Jean Fictif à l'égard de son intérêt dans l'immeuble situé aux États-Unis, son impôt fédéral et provincial, sur son revenu de biens de source canadienne, aurait été de 482 200 \$. Or, l'impôt payable par Jean Fictif a été de 595 455 \$, durant la première année, et de 666 572 \$, durant la seconde année. On peut ainsi déterminer comme suit l'impôt total subi par le revenu de location gagné par USFictCo et distribué à Jean Fictif :

Impôt américain sur le revenu de location :	382 500 \$
Impôt fédéral et québécois, régime RÉATB :	113 255 \$

¹³⁶ 29 % x 1 382 500 \$.

¹³⁷ 16,5 % x 400 925 \$ x (1 382 500 \$/1 382 500 \$).

¹³⁸ En tenant compte de l'abattement de 16,5 % pour revenu gagné au Québec prévu au paragraphe 120(2) L.I.R.

¹³⁹ Soit 24 % x 1 382 500 \$.

Impôt américain, rapatriement des fonds :	92 625 \$
Impôt fédéral et québécois, rapatriement des fonds :	<u>91 747 \$</u>
	680 127 \$

Cela représente un taux effectif d'impôt de 68 % sur le revenu de source américaine de 1 M\$. Le système fiscal fédéral et québécois fonctionne très mal à l'égard du RÉATB gagné par une compagnie américaine détenue par un résident du Québec, lorsque les fonds sont rapatriés au Québec. Sans en faire une démonstration détaillée aux présentes, nous pouvons affirmer que cela est également le cas si le revenu de USCo se qualifie de REEA, compte tenu du haut taux d'impôt corporatif américain et de l'absence de mécanisme d'intégration fiscale à l'égard d'un dividende versé par une société qui ne réside pas au Canada.

1.2.3. Gain lors de la disposition

1.2.3.1. Traitement fiscal américain

Le gain en capital (y compris ce que l'on considérerait au Canada comme de la récupération d'amortissement) que USCo réalise lors de la disposition de l'immeuble est imposable. Au contraire d'un individu, qui peut bénéficier de taux d'impôt réduits sur les gains en capital à long terme, une compagnie qui réalise un gain en capital est assujettie aux taux corporatifs habituels, soit ceux indiqués au tableau 7 ci-dessus.

1.2.3.2. Traitement fiscal canadien

i) REEA

Si le revenu de USCo est considéré comme du REEA¹⁴⁰, le gain en capital réalisé lors de la vente de l'immeuble ne constitue pas du RÉATB, puisque l'immeuble est un bien exclu¹⁴¹. Il n'y a donc aucune conséquence fiscale pour l'actionnaire de USCO, tant que les fonds ne sont pas rapatriés.

¹⁴⁰ Par. 95(1) L.I.R.

¹⁴¹ *Id.*

ii) RÉATB

Si les règles de RÉATB s'appliquent à l'égard du revenu de location gagné par USCo, il en est de même du gain en capital imposable et de la récupération d'amortissement réalisés par USCo lors de la vente de l'immeuble. Les principes décrits à la section « Revenu de biens, incluant le REP » ci-dessus s'appliquent.

1.2.3.3. Rapatriement des fonds

Les conséquences fiscales du rapatriement des fonds par l'actionnaire sont les mêmes que celles ayant été décrites à la section 1.2.2.2. ci-dessus.

1.2.3.4. Exemple

Le 1^{er} janvier 2005, USFictCo dispose de son immeuble pour 10 M\$¹⁴². Aux fins américaines, USFictCo est considérée comme ayant réalisé un gain en capital de 6 M\$.

L'impôt américain (fédéral et État) payable par USFictCo s'élève à 2 295 000 \$.

Aux fins du calcul du RÉATB fédéral et québécois de USFictCo, celle-ci est considérée comme ayant réalisé un gain en capital de 5 M\$ et une récupération d'ACC de 1 M\$. Son RÉATB est donc de 3,5 M\$, montant qui est inclus dans le calcul du revenu de Jean Fictif¹⁴³, et ce dernier peut déduire le même montant¹⁴⁴ en vertu du paragraphe 91(4) L.I.R. et de l'article 583 L.I.

Jean Fictif n'a donc aucun impôt fédéral ou québécois payable sur le RÉATB de USFictCo à l'égard de la vente de l'immeuble.

USFictCo utilise ses liquidités après impôt pour rembourser son hypothèque (4 M\$) et verser un dividende de 3 205 000 \$ à Jean Fictif. L'impôt américain retenu à la source sur ce dividende est de 480 750 \$¹⁴⁵.

¹⁴² Le revenu provenant de cet immeuble a toujours été qualifié de RÉATB.

¹⁴³ Par. 91(1) L.I.R., art. 580 L.I.

¹⁴⁴ La déduction étant de 2 x 2 295 000 \$, mais limitée au montant inclus en vertu du paragraphe 91(1) L.I.R.

¹⁴⁵ *Convention*, art. X(2).

Jean Fictif doit inclure la somme de 3 205 000 \$ dans le calcul de son revenu aux fins fédérales¹⁴⁶ et provinciales¹⁴⁷. La seule autre source de revenu de Jean Fictif est un revenu de biens de source canadienne de 1 M\$. Son revenu imposable total est donc de 4 205 000 \$.

L'impôt fédéral payable par Jean Fictif se calcule comme suit :

Impôt fédéral de base ¹⁴⁸ :	1 219 450 \$
Moins abattement pour revenu gagné au Québec ¹⁴⁹ :	<u>201 209 \$</u>
	1 018 241 \$

Jean Fictif bénéficie d'un crédit d'impôt fédéral pour IRPPE de 480 750 \$, soit le moindre de :

- 480 750 \$, soit l'IRPPE payé aux États-Unis;
- 776 091 \$, soit la fraction de l'impôt fédéral payable¹⁵⁰ par Jean Fictif (1 018 241 \$) que son revenu provenant d'une source aux États-Unis (3 205 000 \$) représente de son revenu total (4 205 000 \$).

L'impôt provincial de Jean Fictif est de 1 009 200 \$¹⁵¹. Puisque la totalité de l'IRPPE a fait l'objet d'un crédit d'impôt fédéral, Jean Fictif ne peut réclamer de crédit d'impôt provincial pour IRPPE.

En résumé, Jean Fictif paie un impôt américain de 480 750 \$, un impôt fédéral de 537 491 \$ et un impôt québécois de 1 009 200 \$, soit 2 027 441 \$ en tout.

N'eût été l'impôt payable par Jean Fictif à l'égard de son intérêt dans l'immeuble situé aux États-Unis, son impôt fédéral et provincial, sur son

¹⁴⁶ Par. 90(1) L.I.R.

¹⁴⁷ Art. 577 L.I.

¹⁴⁸ $29\% \times 4\,205\,000 \$$.

¹⁴⁹ $16,5\% \times 1\,219\,450 \$ \times (4\,205\,000 \$ / 4\,205\,000 \$)$.

¹⁵⁰ Si l'on tient compte de l'abattement de 16,5 % pour revenu gagné au Québec prévu au paragraphe 120(2) L.I.R.

¹⁵¹ Soit $24\% \times 4\,205\,000 \$$.

revenu de bien de source canadienne, aurait été de 482 200 \$. On peut ainsi déterminer comme suit l'impôt total subi (directement et indirectement) par Jean Fictif à l'égard de la vente de l'immeuble et du rapatriement des fonds :

Impôt américain sur le gain en capital :	2 295 000 \$
Impôt fédéral et québécois, régime RÉATB :	0 \$
Impôt américain, rapatriement des fonds :	480 750 \$
Impôt fédéral et québécois, rapatriement des fonds :	<u>1 064 491 \$</u>
	3 840 241\$

Or, Jean Fictif n'a réalisé qu'un gain en capital de 5 M\$ et qu'une récupération d'ACC de 1 M\$. Si Jean Fictif avait vendu un immeuble situé au Canada, son impôt aurait été beaucoup moindre. Les conséquences fiscales d'une vente de l'immeuble par USCo suivie d'une distribution des fonds à Jean Fictif sont désastreuses, en raison, encore une fois, de deux facteurs : le haut taux d'impôt corporatif américain (l'incidence de celui-ci étant amplifiée, puisqu'il est nettement plus élevé que celui applicable à un individu) et l'absence de mécanisme d'intégration fiscale à l'égard d'un dividende versé par une société qui ne réside pas au Canada.

Cette conclusion aurait été la même si le gain en capital de USFictCo n'avait pas été assujetti aux règles de RÉATB.

1.2.4. Décès de l'individu

1.2.4.1. Traitement fiscal américain

Aux fins américaines, le décès de l'actionnaire de USCo n'entraîne aucune conséquence fiscale pour cette dernière. De plus, ce décès n'entraîne aucune disposition réputée des actions de USCo.

Les actions de USCo constituent un bien situé aux États-Unis. Par conséquent, la valeur de ces actions est assujettie à l'impôt successoral américain, selon les règles qui ont été décrites à la section 1.1.2.1. ci-dessus.

1.2.4.2. Traitement fiscal canadien

i) Gain en capital

Le décès de l'actionnaire entraîne une disposition réputée des actions de USCo. Si la JVM de ces actions est supérieure à leur PBR, il y a réalisation d'un gain en capital, dont la moitié est incluse dans le revenu du défunt, à moins que les actions ne soient léguées au conjoint survivant ou à une fiducie exclusive au bénéfice de ce conjoint.

ii) Crédit d'impôt

Les possibilités de réclamer un crédit d'impôt quant à l'impôt successoral américain sont identiques à celles qui ont été décrites à la section 1.1.3.3. ci-dessus.

1.2.4.3. Exemple

Jean Fictif décède le 31 décembre 2004. Par testament, il lègue la totalité de ses biens à sa fille Marie, qui réside au Québec. La JVM des actions de USFictCo est de 10 M\$, alors que la JVM (et le PBR) de ses autres biens est de 30 M\$. Aux fins canadiennes, le legs des actions entraîne un gain en capital de 5 M\$.

La valeur de la succession de Jean Fictif assujettie à l'impôt successoral américain est de 10 M\$. L'impôt successoral payable par la succession de Jean Fictif s'élève à 4 620 800 \$.

La succession de Jean Fictif peut réclamer un crédit global de 487 500 \$ (375 000 \$ US), calculé comme suit :

$$1,5 \text{ M\$} \times \frac{10 \text{ M\$}}{40 \text{ M\$}}$$

Cela signifie une réduction de 147 290 \$ (113 300 \$ US) de l'impôt successoral. Ainsi, l'impôt successoral payable par la succession s'élève à 4 473 510 \$ après crédit.

Le revenu de biens de sources canadiennes de Jean Fictif pour l'année de son décès s'élève à 1 M\$, auquel s'ajoute la partie imposable du gain en capital (2,5 M\$), pour un total de 3,5 M\$.

L'impôt fédéral payable par Jean Fictif se calcule comme suit :

Impôt fédéral de base ¹⁵² :	1 015 000 \$
Moins abattement pour revenu gagné au Québec ¹⁵³ :	<u>167 475 \$</u>
	847 525 \$

L'impôt successoral américain payé par la succession de Jean Fictif ne se qualifie ni d'IRTE ni d'IRPPE, puisqu'il ne s'agit pas d'un impôt sur le revenu. Aucun crédit d'impôt ni aucune déduction n'est donc disponible à son égard en vertu de l'article 126 L.I.R. et du paragraphe 20(12) L.I.R., de même qu'en vertu des articles 772.6, 772.8 et 146.1 L.I.

Par contre, l'article XXIX B(6) de la *Convention* prévoit que la succession de Jean Fictif peut réclamer un crédit fédéral à l'égard de l'impôt successoral américain. Le montant de ce crédit sera limité à l'impôt fédéral relatif aux revenus de sources américaines de Jean Fictif, soit le gain en capital. Selon nous, ce crédit d'impôt est de 725 000 \$ et se calcule comme suit :

$$\text{Impôt fédéral autrement payable} \times \frac{\text{Revenus et gains de sources américaines}}{\text{Revenu total}}^{154}$$

Ainsi, l'impôt fédéral payable par la succession est calculé comme suit :

Impôt fédéral de base :	1 015 000 \$
Moins crédit pour impôt successoral :	(725 000 \$)
Moins abattement pour revenu gagné au Québec ¹⁵⁵ :	<u>47 850 \$</u>
	242 150 \$

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, le Québec n'attribue aucun crédit d'impôt à l'égard de l'impôt successoral américain. Ainsi, l'impôt québécois payable par la succession est de 840 000 \$¹⁵⁶.

¹⁵² 29 % x 3,5 M\$.

¹⁵³ 16,5 % x 1 015 000 \$ x (3,5 M\$/3,5 M\$).

¹⁵⁴ Soit 1 015 000 \$ x 2,5 M\$/3,5 M\$.

¹⁵⁵ 16,5 % x (1 015 000 \$ - 725 000 \$) x (35 M\$/3,5 M\$).

¹⁵⁶ Soit 24 % x 3,5 M\$.

Par conséquent, la succession de Jean Fictif paie un impôt américain de 4 473 510 \$, un impôt fédéral de 242 150 \$ et un impôt québécois de 840 000 \$, soit 5 555 660 \$ en tout. Ce montant est astronomique et démontre clairement, encore une fois, les conséquences sérieuses que l'impôt successoral américain peut entraîner, ainsi que les limites du système de crédit d'impôt pour impôt successoral américain que l'on retrouve à l'article XXIX B de la *Convention*.

1.2.4.4. Résumé : détention par USCo

L'exercice ci-dessus nous permet de tirer les conclusions suivantes : la détention par USCo n'est pas efficace en ce qui a trait au revenu de location, à la vente de l'immeuble et au décès de l'actionnaire, et ce, que le régime applicable soit celui du RÉATB ou non.

1.3. DÉTENTION PAR CANCo

1.3.1. Revenu de location

1.3.1.1. Traitement fiscal américain

i) Assujettissement à l'impôt

Si l'exploitation de l'immeuble par CanCo ne constitue pas l'exploitation d'une entreprise¹⁵⁷, le revenu locatif brut de CanCo est assujéti à un impôt américain à taux fixe de 30 %, avec retenue à la source, selon les principes qui ont été décrits à la section « Revenu passif » ci-dessus.

Si l'exploitation de l'immeuble par CanCo se qualifie d'entreprise¹⁵⁸ ou encore si CanCo fait le choix d'être traitée comme exploitant une entreprise, alors ses revenus de location sont imposés de la même façon que si elle était une compagnie américaine, aux taux d'impôt indiqués au tableau 7, et selon les principes qui ont été décrits à la section 1.2.1.1. ci-dessus.

¹⁵⁷ Selon les critères qui ont été décrits à la section « Distinction entre le revenu passif et le revenu d'entreprise » ci-dessus.

¹⁵⁸ *Id.*

ii) Impôt sur les revenus imputables à un établissement stable (*branch profit tax*)

En sus du paiement de l'impôt américain sur le revenu locatif net, le revenu après impôt américain gagné par CanCo est assujéti aux règles d'impôt sur les revenus imputables à un établissement stable, mais seulement si CanCo possède un établissement stable¹⁵⁹ aux États-Unis (ce qui sera habituellement le cas si CanCo y possède un immeuble locatif).

En droit interne américain, le *branch profit tax* (ci-après « BPT ») s'applique à l'égard du *dividend equivalent amount*¹⁶⁰ de CanCo, une notion relativement complexe. Toutefois, l'article X(6) de la *Convention* prévoit une assiette fiscale différente pour le BPT. Brièvement, le montant assujéti au BPT est calculé comme suit : $A - B - C - D - E$, où

- A : correspond aux bénéfices annuels cumulatifs de CanCo imputables à un établissement stable aux États-Unis;
- B : correspond aux pertes annuelles cumulatives de CanCo imputables à un établissement stable aux États-Unis;
- C : correspond aux impôts cumulatifs payés aux États-Unis (fédéral, États et villes), sans tenir compte du BPT;
- D : correspond aux bénéfices réinvestis aux États-Unis; et
- E : correspond à 500 000 \$.

En vertu du droit interne américain, le taux du BPT est de 30 %. L'article X(6) de la *Convention* prévoit que le taux du BPT est réduit à 5 %.

1.3.1.2. Traitement fiscal canadien

Le revenu de location gagné par CanCo peut se qualifier de trois façons différentes : il peut s'agir de revenu de biens, de REEA, ou encore de revenu d'entreprise de placement déterminée (ci-après « REPD »).

¹⁵⁹ Telle que cette expression est définie dans la *Convention*, art. V.

¹⁶⁰ I.R.C., § 884(b).

i) Revenu de biens

Tel qu'il a été mentionné à la section « Revenu de biens, incluant le REP » ci-dessus, il sera plutôt rare que le revenu de location d'un bien immeuble gagné par une compagnie se qualifie à titre de revenu de bien.

Si tel est le cas, ce revenu est assujéti à l'impôt corporatif au taux de 38 % et à la surtaxe de 4 %¹⁶¹, en vertu de l'alinéa 123(1)a L.I.R. et de l'article 123.2 L.I.R., respectivement. CanCo ne pourra réclamer la réduction de 7 % prévue au paragraphe 123.4(2) L.I.R., puisque le revenu de biens de CanCo se qualifie de « revenu de placement total » au sens du paragraphe 129(4) L.I.R. Puisque CanCo n'exerce pas d'entreprise (nous présumons que sa seule source de revenu est l'immeuble américain), elle ne peut avoir d'établissement au Canada¹⁶², et aucun abattement pour revenu gagné dans une province ne sera accordé en vertu du paragraphe 124(1) L.I.R. Finalement, puisque le revenu de location de CanCo est du revenu de placement étranger¹⁶³ et est inclus dans le « revenu de placement total¹⁶⁴ » de CanCo, il est assujéti à l'impôt remboursable de 6,66 % prévu à l'article 123.3 L.I.R.

Par conséquent, si le revenu de location de CanCo constitue du revenu de biens, le taux d'impôt fédéral applicable à celui-ci sera de 45,78 %.

ii) REPD

La notion de REPD est définie au paragraphe 125(7) L.I.R. En résumé, il s'agit d'une entreprise dont le but principal est de tirer un revenu de biens, à moins que plus de cinq employés à temps plein ne travaillent dans l'entreprise.

¹⁶¹ Cette surtaxe s'applique à l'impôt fédéral calculé sans tenir compte de l'impôt supplémentaire de 6,66 % prévu à l'article 123.3 L.I.R., ni de la réduction d'impôt de 7 % prévue à l'article 123.4 L.I.R., ni des crédits pour impôt étranger, et en présumant que la compagnie a droit à l'abattement pour revenu gagné dans une province de 10 % prévu à l'article 124 à l'égard de l'ensemble de son revenu, que celui-ci soit gagné dans une province ou non. Ainsi, le taux effectif de la surtaxe est de 1,12 %.

¹⁶² Par. 400(2) R.I.R.

¹⁶³ Par. 129(4) L.I.R.

¹⁶⁴ *Id.*

Si le revenu de location américain de CanCo est considéré comme du REPD, il sera assujéti à l'impôt corporatif fédéral de 38 %¹⁶⁵ et à la surtaxe de 4 %¹⁶⁶. Le REPD ne sera pas considéré comme du revenu de biens au sens du paragraphe 129(4) L.I.R., car sa source est située à l'étranger. Par conséquent, ce revenu ne sera pas compris dans le revenu de placement total¹⁶⁷ de CanCo. Ainsi, CanCo peut réclamer la réduction d'impôt de 7 % prévue au paragraphe 123.4(2) L.I.R., ce qui ramène son taux d'imposition fédéral à 32,12 %.

Puisqu'il s'agit de revenu d'entreprise, il y a lieu de déterminer à quel établissement stable de CanCo ce revenu se rattache. Il semble assez évident que CanCo sera considérée comme possédant un établissement permanent aux États-Unis, là où l'immeuble se situe. CanCo possède-t-elle un établissement au Québec? La réponse à cette question varie selon le niveau de participation de l'actionnaire/administrateur de CanCo dans l'entreprise de celle-ci. Dans la majorité des cas, CanCo sera considérée comme ayant un établissement au Québec, au sens du paragraphe 400(2) R.I.R.¹⁶⁸ et de l'article 1 L.I. Dès lors, la formule de répartition du revenu d'entreprise, qui tient compte des salaires versés et de la source des recettes brutes, s'applique et aura pour effet, dans la majorité des cas, d'attribuer la vaste majorité du revenu d'entreprise à l'établissement de CanCo situé aux États-Unis. Par conséquent, que CanCo possède ou non un établissement au Québec, la vaste majorité, et même souvent la totalité, de son revenu sera attribuée à l'établissement situé aux États-Unis.

Pour simplifier notre analyse, nous présumerons qu'aucun revenu n'est attribué à l'établissement québécois de CanCo (si tant est qu'elle en a un). Ainsi, aucun abattement pour revenu gagné dans une province ne sera accordé à CanCo en vertu du paragraphe 124(1) L.I.R. Finalement, puisque le revenu de location de CanCo, qui constitue du REPD de source étrangère, n'est pas compris dans le revenu de placement total¹⁶⁹, il n'est pas assujéti à l'impôt remboursable de 6,66 % prévu à l'article 123.3 L.I.R.

¹⁶⁵ Al. 123(1)a) L.I.R.

¹⁶⁶ Art. 123.2 L.I.R.

¹⁶⁷ Par. 129(4) L.I.R.

¹⁶⁸ Dans ce cas, on fait référence plutôt à la notion d'établissement stable, distinction essentiellement sémantique.

¹⁶⁹ Par. 129(4) L.I.R.

iii) REEA

Le revenu de location gagné par CanCo ne se qualifie de REEA que si CanCo emploie plus de cinq employés à temps plein dans l'exploitation de cette entreprise tout au long d'une année donnée¹⁷⁰. Puisque l'immeuble est situé aux États-Unis, cette entreprise est considérée comme étant exploitée à l'extérieur du Canada, de sorte que la déduction pour petite entreprise¹⁷¹ n'est pas disponible. Encore une fois, le revenu de location n'est pas du revenu gagné dans une province, puisque la totalité du revenu est attribué à l'établissement de CanCo situé aux États-Unis, de telle sorte que la déduction de 10 % prévue au paragraphe 124(1) L.I.R. ne s'applique pas. Ainsi, le taux d'impôt fédéral est de 31 % (soit 38 % moins la réduction de 7 % prévue au paragraphe 123.4(2) L.I.R.). La surtaxe prévue à l'article 123.2 L.I.R. portera ce taux à 32,12 %.

iv) Impôt québécois

En vertu des règles d'assujettissement à l'impôt québécois, seule une compagnie qui possède un établissement au Québec¹⁷² (au sens de l'article 1 L.I.) est assujettie à l'impôt québécois. Si le revenu gagné par CanCo constitue du revenu de biens, CanCo n'exploite pas d'entreprise et on peut affirmer qu'elle ne peut pas, alors, posséder d'établissement au Québec, ce qui signifie qu'elle échappe au filet fiscal québécois.

Si CanCo gagne du revenu d'entreprise (REPD ou REEA), l'absence d'établissement au Québec ou encore l'attribution de la vaste majorité, ou de la totalité, des revenus à l'établissement situé aux États-Unis, en vertu de l'article 771 du *Règlement sur les impôts*¹⁷³, fait en sorte que CanCo n'aura que très peu (ou pas) d'impôt à payer au Québec à l'égard de son revenu de location américain.

¹⁷⁰ Par. 125(7) L.I.R.

¹⁷¹ Par. 125(1) L.I.R.

¹⁷² Ou une compagnie qui ne possède pas d'établissement au Québec mais qui dispose d'un bien québécois imposable.

¹⁷³ R.R.Q., 1981, c. I-3, r. 1 et mod. (ci-après « R.I. »).

v) Déduction pour impôt étranger

Règles fédérales

Les mécanismes de crédit fédéral pour impôt étranger qu'une compagnie peut utiliser ne sont pas complètement identiques à ceux dont bénéficie un individu. Dans les paragraphes qui suivent, nous résumerons ces mécanismes.

Les notions d'IRTE et d'IRPPE sont identiques à celles applicables à un individu, telles qu'elles ont été décrites à la section « Déduction pour impôt étranger ».

En résumé, le montant qu'une compagnie peut réclamer à titre de crédit d'impôt pour IRPPE au cours d'une année est le moindre de :

- l'IRPPE payé dans le pays étranger, à l'exception de tout impôt qu'il est raisonnable de considérer comme ayant été payé relativement au revenu tiré d'une action d'une société étrangère affiliée (ci-après « SÉA »)¹⁷⁴ lui appartenant;
- la proportion de l'impôt fédéral payable par la compagnie¹⁷⁵ que représente son revenu provenant de ce pays étranger (sans tenir compte du revenu d'entreprise provenant de ce pays ni du revenu tiré d'actions d'une SÉA lui appartenant) de son revenu total.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit aucun report rétrospectif ou prospectif, dans la mesure où l'IRPPE ne peut être entièrement réclamer à titre de crédit d'impôt au cours de l'année. Tout montant excédentaire peut toutefois être déduit dans le calcul du revenu du contribuable, si les conditions prévues au paragraphe 20(12) L.I.R. sont remplies.

Le paragraphe 126(2) L.I.R. permet à un contribuable de réclamer un crédit d'impôt fédéral pour IRTE. En résumé, le montant du crédit d'impôt qu'une compagnie peut réclamer est le moindre de :

¹⁷⁴ Par. 95(1) L.I.R.

¹⁷⁵ Sans tenir compte de la réduction d'impôt de 7 % prévue au paragraphe 123.4(2) L.I.R.

- la somme de l'IRTE payé dans le pays étranger et de la fraction inutilisée du crédit pour impôt étranger pour les trois années postérieures ou les 10 années antérieures;
- la proportion de l'impôt fédéral autrement payable par la compagnie¹⁷⁶ que représente son revenu d'entreprise exploitée dans ce pays étranger de son revenu total;
- l'impôt fédéral autrement payable par la compagnie¹⁷⁷, après déduction du crédit d'impôt pour IRPPE attribué en vertu du paragraphe 126(1) L.I.R.

Dans la mesure où les règles du paragraphe 126(2) L.I.R. ne permettent pas une pleine utilisation de l'IRTE à titre de crédit d'impôt fédéral au cours d'une année donnée, l'excédent constitue une « fraction inutilisée du crédit pour impôt étranger »¹⁷⁸ et peut faire l'objet d'un report rétrospectif de trois ans et d'un report prospectif de 10 ans¹⁷⁹.

Déduction de l'IRPPE dans le calcul du revenu

Le paragraphe 20(12) L.I.R. prévoit qu'un contribuable peut déduire, dans le calcul de son revenu d'entreprise ou de bien, tout montant d'IRPPE qu'il désire, à l'exception de la partie de cet impôt qu'il est raisonnable de considérer comme payée à l'égard du revenu tiré d'une action d'une SÉA appartenant à la compagnie.

Règles québécoises

Compte tenu du fait que le revenu d'entreprise gagné par CanCo par le biais de son établissement aux États-Unis n'est pas assujéti à l'impôt québécois, une discussion détaillée des mécanismes québécois de crédits et déductions pour impôt étranger n'est pas nécessaire.

¹⁷⁶ Calculé sans tenir compte de l'impôt de 6,66 % prévu à l'article 123.3 L.I.R. ni de l'abattement d'impôt de 10 % pour revenu gagné dans une province prévu au paragraphe 124(1) L.I.R.

¹⁷⁷ *Id.*

¹⁷⁸ Par. 126(7) L.I.R.

¹⁷⁹ Al. 126(2)a) L.I.R.

Application au revenu de location gagné par CanCo

Si le revenu de location gagné par CanCo constitue du revenu de biens, l'impôt étranger payé par CanCo se qualifie d'IRPPE, et les paragraphes 126(1) et 20(12) L.I.R. permettent respectivement d'obtenir un crédit d'impôt ou de déduire l'impôt étranger dans le calcul du revenu de CanCo. Si le revenu de location constitue du REPD ou du REEA, l'impôt étranger se qualifie d'IRTE, et CanCo peut bénéficier d'un crédit d'impôt fédéral en vertu du paragraphe 126(2) L.I.R.

L'impôt sur les revenus imputables à un établissement stable (*branch tax*) peut également faire l'objet d'un crédit d'impôt pour impôt étranger¹⁸⁰.

vi) Impôt en main remboursable au titre de dividendes

Un des principes fondamentaux du système fiscal canadien est qu'un revenu gagné par une compagnie et versé à un individu doit subir sensiblement le même impôt global (soit la somme de l'impôt corporatif et personnel) que si ce revenu avait été gagné directement par l'individu. L'impôt en main remboursable au titre de dividende (ci-après « IMRTD ») est un élément essentiel visant à assurer le respect de ce principe.

Si le revenu de location de CanCo constitue du revenu d'entreprise (que ce soit du REEA ou du REPD), aucun IMRTD ne sera créé.

Si le revenu de location de CanCo se qualifie de revenu de biens, il est compris dans le revenu de placement total de CanCo au sens du paragraphe 129(4) L.I.R. et est pertinent dans le calcul de l'IMRTD de CanCo. En vertu de l'alinéa 129(3)a) L.I.R., l'IMRTD de CanCo comprend un montant correspondant à 26,6 % du revenu de placement total (c'est-à-dire le revenu de location) de CanCo, moins la différence entre i) le crédit d'impôt fédéral pour IRPPE déduit par CanCo en vertu du paragraphe 126(1) L.I.R. et ii) 9,33 % du revenu de placement étranger (c'est-à-dire le revenu de location) de CanCo. En vertu de ce calcul, CanCo n'aura d'IMRTD que si le taux de son IRPPE est de moins de 36 %. En d'autres mots, le Canada ne consent à un remboursement partiel d'impôt payé par CanCo que si le taux d'impôt étranger est de moins de 36 %; si le gouvernement étranger se montre trop gourmand, le Canada considère que l'impôt fédéral payé par CanCo, après

¹⁸⁰ *Revenue Canada Views*, op. cit., note 72, interprétation technique 9612907, 24 juin 1996.

crédit pour IRPPE, est équitable et que le mécanisme d'IMRTD n'est pas nécessaire pour respecter le principe de l'intégration fiscale.

Puisque le taux d'impôt corporatif fédéral américain est de 34 % pour tout revenu imposable supérieur à 75 000 \$ US (voir tableau 7 ci-dessus) et que la vaste majorité des États prélèvent un impôt corporatif (nous utilisons 5 % à titre d'exemple), on peut considérer que CanCo n'aura aucun IMRTD si son revenu net de location s'élève à plus de 75 000 \$.

1.3.1.3. Exemple

CanFictCo est une société québécoise dont l'actionnaire unique est Jean Fictif, qui réside au Québec. Le seul actif de CanFictCo est un centre commercial aux États-Unis. CanFictCo a quatre employés à temps plein. Aux fins américaines, le revenu de CanFictCo est du revenu d'entreprise et, aux fins canadiennes, il s'agit plus précisément de REPD. Le revenu net de location s'élève à 1 M\$.

L'impôt américain (fédéral et État) payable par CanFictCo s'élève à 382 500 \$¹⁸¹.

L'impôt fédéral payable par CanFictCo se calcule comme suit :

Impôt fédéral de base ¹⁸² :	380 000 \$
Moins déduction d'impôt générale ¹⁸³ :	(70 000 \$)
Plus surtaxe ¹⁸⁴ :	<u>11 200 \$</u>
	321 200 \$

L'impôt américain payé par CanFictCo se qualifie d'IRTE. CanFictCo bénéficie d'un crédit d'impôt fédéral de 321 200 \$, soit le moindre de :

- 382 500 \$, soit l'IRTE payé aux États-Unis;

¹⁸¹ Aux fins de simplicité, nous ne tenons pas compte ici du BPT payable par CanCo.

¹⁸² 38 % x 2 M\$.

¹⁸³ Par. 123.4(2) L.I.R., soit 7 % x 1 M\$.

¹⁸⁴ Art. 123.2 L.I.R., soit 1,12 % x 1 M\$.

- 321 200 \$, soit la proportion de l'impôt fédéral payable par CanFictCo (321 200 \$)¹⁸⁵ que représente le revenu d'entreprise américain (1 M\$) du revenu total (1 M\$) de CanFictCo;
- 321 200 \$, soit l'impôt fédéral payable par CanFictCo¹⁸⁶.

CanFictCo peut donc entièrement éliminer son impôt fédéral en réclamant un crédit d'impôt pour IRTE.

CanFictCo n'a aucun impôt à payer au Québec, puisque la totalité de son revenu est attribué à l'établissement situé aux États-Unis.

En résumé, CanFictCo paie un impôt américain de 382 500 \$.

1.3.2. Versement des fonds à l'actionnaire

1.3.2.1. Traitement fiscal américain

Aucun impôt américain n'est payable sur tout dividende versé par CanCo à son actionnaire, puisqu'il s'agit d'un dividende versé par une compagnie canadienne à un résident du Canada.

1.3.2.2. Traitement fiscal canadien

Le montant du dividende versé par CanCo à son actionnaire est inclus dans le revenu de ce dernier¹⁸⁷. De plus, puisque CanCo est une société canadienne, le mécanisme de majoration et de crédit d'impôt prévu à l'alinéa 82(1)b) et à l'article 121 L.I.R.¹⁸⁸ s'applique aux dividendes versés par CanCo.

1.3.2.3. Exemple

CanFictCo utilise ses liquidités après impôt pour verser un dividende de 617 500 \$ à Jean Fictif.

¹⁸⁵ Si l'on tient compte de la réduction générale d'impôt de 7 % prévue au paragraphe 123.4(2) L.I.R. et de la surtaxe de 4 % prévue à l'article 123.2 L.I.R.

¹⁸⁶ *Id.*

¹⁸⁷ Al. 82(1)a) L.I.R., art. 497 L.I.

¹⁸⁸ Art. 767 L.I.

Jean Fictif doit inclure la somme de 771 875 \$ dans le calcul de son revenu aux fins fédérales et provinciales. La seule autre source de revenu de Jean Fictif est un revenu de biens de source canadienne de 1 M\$. Son revenu imposable total est donc de 1 771 875 \$.

L'impôt fédéral payable par Jean Fictif se calcule comme suit :

Impôt fédéral de base ¹⁸⁹ :	513 843 \$
Moins crédit pour dividendes ¹⁹⁰ :	(102 917 \$)
Moins abattement pour revenu gagné au Québec ¹⁹¹ :	<u>(67 803 \$)</u>
	343 123 \$

L'impôt québécois payable par Jean Fictif se calcule comme suit :

Impôt québécois de base ¹⁹² :	425 250 \$
Moins crédit pour dividendes ¹⁹³ :	<u>(83 594 \$)</u>
	341 656 \$

L'impôt total payable par Jean Fictif est donc de 684 779 \$. N'eût été l'impôt payable par Jean Fictif à l'égard du dividende reçu de CanFictCo, son impôt fédéral et provincial, sur son revenu de biens de source canadienne, aurait été de 482 200 \$. On peut ainsi déterminer comme suit l'impôt total subi (directement et indirectement) par Jean Fictif à l'égard du revenu de location de l'immeuble et de l'extraction des fonds de CanCo :

Impôt américain :	382 500 \$
Impôt fédéral et québécois, rapatriement des fonds :	<u>202 579 \$</u>
	585 079 \$

¹⁸⁹ 29 % x 1 771 875 \$.

¹⁹⁰ Art. 121 L.I.R., soit 2/3 (771 875 \$ - 617 500 \$).

¹⁹¹ 16,5 % x (513 843 \$ - 102 917 \$).

¹⁹² 24 % x 1 771 875 \$.

¹⁹³ Art. 767 L.I., soit 54,15 % x (771 875 \$ - 617 500 \$).

Soit un taux effectif, à l'égard de 1 M\$ de revenu net de location, de 58,5 %.

1.3.3. Gain à la disposition

1.3.3.1. Traitement fiscal américain

Tel qu'il a été mentionné précédemment, en vertu du paragraphe XIII(1) de la *Convention*, le gain en capital réalisé lors de la disposition d'un immeuble situé aux États-Unis est imposable dans ce pays.

Au contraire d'un individu, qui bénéficie de taux d'impôt réduits à l'égard des gains en capital, CanCo est assujettie au plein impôt corporatif américain, selon les taux décrits au tableau 7 ci-dessus.

Le mécanisme de retenue d'impôt à la source qui a été décrit à la section « Retenue à la source » ci-dessus s'applique à CanCo lors de la vente d'un immeuble.

1.3.3.2. Traitement fiscal canadien

i) Impôt fédéral

Gain en capital

Le gain en capital imposable (soit la moitié du gain en capital) réalisé par CanCo lors de la vente de l'immeuble est inclus dans le calcul de son revenu.

Le gain en capital imposable est assujetti à l'impôt corporatif au taux de 38 % et à la surtaxe de 4 %. CanCo ne peut réclamer la réduction de 7 % prévue au paragraphe 123.4(2) L.I.R., puisque le gain en capital se qualifie de « revenu de placement total » au sens du paragraphe 129(4) L.I.R. Dans la mesure où CanCo possède un établissement au Québec, une mince partie seulement de son revenu sera attribuée à cet établissement, ce qui signifie qu'aucun abattement pour revenu gagné dans une province ne sera accordé en vertu du paragraphe 124(1) L.I.R. Finalement, puisque le gain en capital imposable est du « revenu de placement étranger » et qu'il est inclus dans le « revenu de placement total » de CanCo, il est assujetti à l'impôt remboursable de 6,66 % prévu à l'article 123.3 L.I.R.

Par conséquent, le taux d'impôt fédéral applicable au gain en capital est de 45,78 %.

En raison du fait que nous n'attribuons aucun revenu à l'établissement que CanCo pourrait avoir au Québec, aucun impôt québécois n'est payable par CanCo à l'égard de la vente de l'immeuble.

Récupération d'ACC

Lors de la vente de l'immeuble par CanCo, il y aura récupération d'ACC d'un montant correspondant à la différence entre, d'une part, le moindre du produit de disposition et du coût en capital de l'immeuble et, d'autre part, la FNACC de celui-ci.

La caractérisation de la récupération d'ACC suit celle du revenu de location. Ainsi, la récupération d'ACC peut constituer du revenu de bien, du REPD ou du REEA : les conséquences fiscales d'une telle caractérisation sont décrites aux sections « Revenu de biens », « REPD » et « REEA », respectivement.

Puisque CanCo n'a réclamé aucune ACC aux fins québécoises, aucune récupération d'ACC n'est réalisée lors de la vente de l'immeuble.

ii) Déduction pour impôt étranger

Gain en capital

L'impôt étranger payé par CanCo à l'égard du gain en capital est de l'IRPPE. Ainsi, le mécanisme de crédit d'impôt fédéral pour IRPPE décrit à la section « Règles fédérales » ci-dessus s'applique à CanCo : les paragraphes 126(1) et 20(12) L.I.R. permettent respectivement d'obtenir un crédit d'impôt ou de déduire l'impôt étranger dans le calcul du revenu de CanCo.

Récupération d'ACC

L'impôt étranger payé par CanCo à l'égard de la récupération d'ACC se qualifie d'IRPPE si le revenu de location est un revenu de biens. Si le revenu de location constitue du revenu d'entreprise (qu'il s'agisse de REPD ou de REEA), l'impôt étranger payé à l'égard de la récupération d'ACC constitue de l'IRTE.

Règles québécoises

La formule de répartition du revenu imposable de CanCo aux fins provinciales a généralement pour effet d'attribuer le gain en capital à

l'établissement de CanCo situé aux États-Unis. Par conséquent, les mécanismes de crédit pour impôt étranger de la *Loi sur les impôts* ne sont pas pertinents.

iii) IMRTD

Gain en capital

Le gain en capital imposable réalisé par CanCo fait partie de son « revenu de placement total » au sens du paragraphe 129(4) L.I.R. et est pertinent dans le calcul de l'IMRTD de CanCo. En vertu de l'alinéa 129(3)a) L.I.R., l'IMRTD de CanCo comprend un montant correspondant à 26,6 % du gain en capital imposable réalisé par CanCo, moins la différence entre i) le crédit d'impôt fédéral pour IRPPE déduit par CanCo en vertu du paragraphe 126(1) L.I.R. et ii) 9,33 % du gain en capital imposable réalisé par CanCo. En vertu de ce calcul, CanCo n'aura d'IMRTD que si le taux de son IRPPE relatif au gain en capital est de moins de 17,66 %. Puisque le taux d'impôt corporatif fédéral américain est de 15 % sur le premier dollar de revenu imposable et que les États prélèvent habituellement un impôt corporatif (nous utilisons 5 % à titre d'exemple), on peut considérer que CanCo n'a aucun IMRTD relativement à un gain en capital réalisé lors de la vente d'un immeuble situé aux États-Unis.

Récupération d'ACC

Si le revenu de location de CanCo constitue du revenu d'entreprise (que ce soit du REEA ou du REPD), aucun IMRTD n'est créé à l'égard de la récupération d'ACC lors de la vente de l'immeuble.

Si le revenu de location de CanCo se qualifie de revenu de biens, la récupération d'ACC l'est également, et la récupération d'ACC est comprise dans le revenu de placement total de CanCo au sens du paragraphe 129(4) L.I.R. et est pertinente dans le calcul de l'IMRTD de CanCo. En vertu de l'alinéa 129(3)a) L.I.R., l'IMRTD de CanCo comprend un montant correspondant à 26,6 % du revenu de placement total de CanCo, moins la différence entre i) le crédit d'impôt fédéral pour IRPPE déduit par CanCo en vertu du paragraphe 126(1) L.I.R. et ii) 9,33 % du revenu de placement étranger (ce qui comprend la récupération d'ACC) de CanCo. En vertu de ce calcul, CanCo n'aura d'IMRTD que si le taux de son IRPPE est de moins de 36 %.

iv) Exemple

Le 1^{er} janvier 2005, CanFictCo dispose de son immeuble pour 10 M\$¹⁹⁴. Aux fins américaines, CanFictCo est considérée comme ayant réalisé un gain en capital de 6 M\$. L'impôt américain (fédéral et État) payable par CanFictCo s'élève à 2 295 000 \$¹⁹⁵.

Aux fins canadiennes, CanFictCo est considérée comme ayant réalisé un gain en capital de 5 M\$, et une récupération d'ACC de 1 M\$. Son revenu imposable est donc de 3,5 M\$.

L'impôt fédéral payable par CanFictCo à l'égard du gain en capital imposable se calcule comme suit :

Impôt fédéral de base ¹⁹⁶ :	950 000 \$
Plus impôt prévu à l'article 123.3 L.I.R. ¹⁹⁷	166 666 \$
Plus surtaxe ¹⁹⁸ :	<u>28 000 \$</u>
	1 144 666 \$

L'impôt fédéral payable par CanFictCo à l'égard de la récupération d'ACC se calcule comme suit :

Impôt fédéral de base ¹⁹⁹ :	380 000 \$
Moins déduction d'impôt générale ²⁰⁰ :	(70 000 \$)
Plus surtaxe ²⁰¹ :	<u>11 200 \$</u>
	321 200 \$

¹⁹⁴ Le revenu provenant de cet immeuble a toujours été qualifié de REPD.

¹⁹⁵ Nous présumons que le BPT ne s'applique pas.

¹⁹⁶ 38 % x 2,5 M\$.

¹⁹⁷ 6,66 % x 2,5 M\$.

¹⁹⁸ Art. 123.2 L.I.R., soit 1,12 % x 2,5 M\$.

¹⁹⁹ 38 % x 1 M\$.

²⁰⁰ Par. 123.4(2) L.I.R., soit 7 % x 1 M\$.

²⁰¹ Art. 123.2 L.I.R., soit 1,12 % x 1 M\$.

Ainsi, l'impôt fédéral total payable par CanFictCo est de 1 465 866 \$.

L'impôt américain payé par CanFictCo se qualifie en partie d'IRPPE (pour l'impôt payable relativement au gain en capital²⁰²) et d'IRTE (pour l'impôt payable pour la récupération d'amortissement américain²⁰³, bien que celle-ci soit considérée comme un gain en capital aux fins américaines). CanFictCo bénéficie d'un crédit d'impôt fédéral pour IRTE de 371 200 \$, soit le moindre de :

- 382 500 \$, soit l'IRTE payé aux États-Unis;
- 371 200 \$, soit la proportion de l'impôt fédéral payable par CanFictCo (1 299 200 \$)²⁰⁴ que représente le revenu d'entreprise américain (1 M\$) du revenu total (3,5 M\$) de CanFictCo;
- 371 200 \$, soit la différence entre, d'une part, l'impôt fédéral payable par CanFictCo (1 299 200 \$)²⁰⁵ et, d'autre part, le crédit d'impôt pour IRPPE attribué à CanFictCo en vertu du paragraphe 126(1) L.I.R. (928 000 \$).

CanFictCo bénéficie également d'un crédit d'impôt fédéral pour IRPPE de 928 000 \$, soit le moindre de :

- 1 912 500 \$, soit l'IRPPE payé dans le pays étranger;
- 928 000 \$, soit la proportion de l'impôt fédéral payable par CanFictCo²⁰⁶ (1 299 200 \$) que représente son revenu provenant de ce pays étranger (sans tenir compte du revenu d'entreprise provenant de ce pays) (2,5 M\$) de son revenu total (3,5 M\$).

CanFictCo ne peut déduire l'excédent de son IRPPE puisque le paragraphe 20(12) L.I.R. ne s'applique pas à l'IRPPE résultant d'un gain en capital.

²⁰² Soit $5/6 \times 2\,295\,000$ \$, ou 1 912 500 \$.

²⁰³ Soit $1/6 \times 2\,295\,000$ \$, ou 382 500 \$.

²⁰⁴ Si l'on tient compte de la réduction générale d'impôt de 7 %, de la surtaxe de 4 %, mais sans tenir compte de l'impôt de 6,66 % prévu à l'article 123.3 L.I.R.

²⁰⁵ *Id.*

²⁰⁶ *Id.*

Ainsi, CanFictCo paie un impôt américain de 2 295 000 \$ et un impôt fédéral de 166 666 \$, soit 2 461 666 \$ en tout.

L'IMRTD de CanCo est nul, selon la formule suivante : $26,66 \% \times 2,5 \text{ M\$}^{207} - (928\,000 \$ - (9,33 \% \times 2,5 \text{ M\$}))$.

CanFictCo utilise ses liquidités après impôt pour rembourser son hypothèque (4 M\$) et pour verser un dividende de 3 538 334 \$ à Jean Fictif.

La moitié du gain en capital réalisé par CanFictCo lors de la vente de l'immeuble fait partie du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») de CanFictCo²⁰⁸. Ainsi, la somme de 2,5 M\$ peut être versée à Jean Fictif sans qu'aucun impôt soit payable par celui-ci²⁰⁹. L'excédent, soit la somme de 1 038 334 \$, est versé à Jean Fictif sous forme de dividende imposable.

Jean Fictif doit inclure la somme de 1 297 918 \$ dans le calcul de son revenu aux fins fédérales et provinciales. La seule autre source de revenu de Jean Fictif est un revenu de biens de source canadienne de 1 M\$. Son revenu imposable total est donc de 2 297 918 \$.

L'impôt fédéral payable par Jean Fictif se calcule comme suit :

Impôt fédéral de base ²¹⁰ :	666 396 \$
Moins crédit pour dividendes ²¹¹ :	(173 056 \$)
Moins abattement pour revenu gagné au Québec ²¹² :	<u>(81 401 \$)</u>
	411 939 \$

L'impôt québécois payable par Jean Fictif se calcule comme suit :

²⁰⁷ La récupération d'ACC n'est pas incluse puisqu'on l'a qualifiée de REPD de source étrangère.

²⁰⁸ Par. 89(1) L.I.R.

²⁰⁹ Par. 83(2) L.I.R.

²¹⁰ $29 \% \times 2\,297\,918 \$$.

²¹¹ $\frac{2}{3} \times (1\,297\,918 \$ - 1\,038\,334 \$)$

²¹² $16,5 \% \times (666\,396 \$ - 173\,056 \$)$.

Impôt québécois de base ²¹³ :	551 500 \$
Moins crédit pour dividendes ²¹⁴ :	<u>(140 565 \$)</u>
	410 935 \$

L'impôt fédéral et provincial de Jean Fictif s'élève donc à 822 874 \$. N'eût été l'impôt payable par Jean Fictif à l'égard de son intérêt dans l'immeuble situé aux États-Unis, son impôt fédéral et provincial, sur son revenu de bien de source canadienne, aurait été de 482 200 \$. On peut ainsi déterminer comme suit l'impôt total subi (directement et indirectement) par Jean Fictif à l'égard de la vente de l'immeuble et du rapatriement des fonds :

Impôt américain :	2 295 000 \$
Impôt corporatif :	166 666 \$
Impôt fédéral et québécois, extraction des fonds :	<u>340 674 \$</u>
	2 802 340 \$

Or, la disposition de l'immeuble n'a donné lieu qu'à un gain en capital de 5 M\$ et une récupération d'ACC de 1 M\$. Si la vente de l'immeuble avait eu lieu au Canada, l'impôt payable par Jean Fictif (directement et indirectement) aurait été beaucoup moins élevé. Les conséquences fiscales d'une vente de l'immeuble par CanCo suivie d'une distribution des fonds à Jean Fictif sont désastreuses, bien qu'elles le soient dans une moindre mesure (!) que lors de l'utilisation de USFictco, en raison principalement du CDC dont CanCo dispose après la vente.

1.3.4. Décès de l'individu

1.3.4.1. Traitement fiscal américain

La détention de l'immeuble par CanCo a pour avantage de soustraire celui-ci de l'assiette fiscale de l'impôt successoral américain. En effet, les actions de CanCo ne sont pas un bien situé aux États-Unis, et le décès de l'actionnaire n'entraîne donc aucun impôt successoral américain.

²¹³ 24 % x 2 297 918 \$.

²¹⁴ 54,15 % x (1 297 918 \$ - 1 038 334 \$).

1.3.4.2. Traitement fiscal canadien

Les conséquences fiscales canadiennes et québécoises du décès de l'actionnaire de CanCo sont les mêmes que celles décrites à la section 1.2.4.2. ci-dessus.

1.3.4.3. Exemple

Jean Fictif décède le 31 décembre 2004. Par testament, il lègue la totalité de ses biens à sa fille Marie, qui réside au Québec. La JVM des actions de CanCo est de 6 M\$, alors que la JVM (et le PBR) de ses autres biens est de 30 M\$. Aux fins canadiennes, le legs des actions entraîne un gain en capital de 6 M\$.

Puisque les actions de CanCo ne sont pas un USRPI, aucun impôt successoral n'est payable par la succession de Jean Fictif.

Le revenu de biens de source canadienne de Jean Fictif pour l'année de son décès s'élève à 1 M\$, auquel s'ajoute la partie imposable du gain en capital (3 M\$), pour un total de 4 M\$.

L'impôt fédéral payable par Jean Fictif se calcule comme suit :

Impôt fédéral de base ²¹⁵ :	1 160 000 \$
Moins abattement pour revenu gagné au Québec ²¹⁶ :	<u>191 400 \$</u>
	968 600 \$

L'impôt québécois payable par la succession est de 960 000 \$²¹⁷.

Par conséquent, la succession de Jean Fictif paie un impôt fédéral de 968 600 \$ et un impôt québécois de 960 000 \$, soit 1 928 600 \$ en tout. Ce montant se compare très avantageusement à l'impôt qui aurait été payable si Jean Fictif avait été propriétaire de l'immeuble, ou encore des actions de USFictCo.

²¹⁵ 29 % x 4 M\$.

²¹⁶ 16,5 % x 1 015 000 \$ x (4 M\$/4 M\$).

²¹⁷ Soit 24 % x 4 M\$.

1.4. DÉTENTION PAR UNE SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

Le système fiscal américain, contrairement au système fiscal canadien, ne reconnaît pas le principe de l'intégration comme principe fondamental²¹⁸. Ainsi, les structures de détention d'immeubles américaines sont habituellement conçues de façon à favoriser les entités transparentes sur le plan fiscal, comme les sociétés à responsabilité limitée (*limited liability company* (ci-après « LLC »)) afin de minimiser l'incidence du manque d'intégration que l'on retrouve dans l'*Internal Revenue Code*. Malheureusement, ces entités ne sont pas appropriées pour des investisseurs canadiens. En effet, elles ne comportent aucun avantage par rapport aux structures décrites aux présentes mais comportent plutôt plusieurs écueils, dont de sérieux problèmes à l'égard des mécanismes de crédit d'impôt pour impôt étranger.

Par conséquent, nous ne croyons pas approprié de décrire de telles structures.

1.5. DÉTENTION PAR USCo, DONT L'ACTIONNAIRE EST CanCo

À la section 1.2. ci-dessus, nous avons décrit de façon détaillée les conséquences fiscales de la détention de l'immeuble par USCo, dont l'actionnaire est un individu résidant au Québec. Nous avons alors conclu qu'une telle structure n'est pas avantageuse. Les principales raisons justifiant cette conclusion sont les suivantes :

- l'assujettissement de la succession de l'individu à l'impôt successoral américain à l'égard des actions de USCo;
- le taux d'impôt corporatif américain élevé à l'égard de la vente de l'immeuble;
- la non-application du mécanisme de majoration/credit d'impôt lors du rapatriement des fonds au Canada par le biais de dividendes;
- l'absence de CDC lors du rapatriement des fonds au Québec.

L'interposition d'une compagnie canadienne (CanCo) entre l'individu et USCo permettra de résoudre certains des problèmes ci-dessus, notamment

²¹⁸ Bien qu'une certaine évolution ait eu lieu à cet égard au cours des dernières années.

l'impôt successoral américain et le mécanisme de majoration/crédit d'impôt à l'égard des dividendes. Toutefois, le taux d'impôt corporatif élevé sur le gain en capital et l'absence de CDC sont deux problèmes qui demeurent dans une telle structure.

Nous avons étudié quelques scénarios comprenant cette structure. À ce jour, nous ne croyons pas qu'elle comporte de véritables avantages par rapport à la détention directe par CanCo, ou quant à la détention directe par l'individu, jumelée à une technique de réduction de l'impôt successoral. L'utilisation de montages financiers complexes pourrait modifier cette conclusion, mais la réduction des bénéfices de tels montages au cours des dernières années laisse plusieurs doutes à cet égard.

2. STRUCTURES DE DÉTENTION D'UNE PROPRIÉTÉ DE VILLÉGIATURE

Lorsqu'on examine les diverses structures de détention d'une propriété de villégiature, les principales considérations fiscales sont l'impôt sur la disposition de la propriété ainsi que l'impôt au décès. Notre expérience nous révèle que l'accent est surtout mis sur la réduction ou l'élimination de l'impôt successoral américain. Cela est louable, mais le praticien ne doit pas perdre de vue l'impôt lors de la vente de la propriété dans la détermination de la structure de détention appropriée. En effet, la différence substantielle entre le taux d'impôt sur le gain en capital applicable à une compagnie et celui applicable à un individu ou à une fiducie milite fortement en faveur de structures comprenant ces derniers.

Dans les prochains paragraphes, nous étudierons les principales structures de détention qui peuvent être utilisées à l'égard d'une propriété de villégiature.

2.1. SOCIÉTÉ À BUT UNIQUE (SINGLE-PURPOSE CORPORATION)

La société à but unique fut longtemps le moyen de prédilection pour détenir une propriété de villégiature aux États-Unis. La société à but unique est une société canadienne qui possède les sept caractéristiques suivantes²¹⁹ :

- la société est une société canadienne au sens du paragraphe 89(1) L.I.R.;

²¹⁹ *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 72, interprétation technique 9819250F, 13 octobre 1998.

- la seule raison d'être de la société est la détention d'un bien immeuble aux États-Unis pour l'agrément ou l'usage personnel de l'actionnaire;
- les actions de la société sont détenues par le particulier ou par une personne (autre qu'une société) liée au particulier;
- les seules opérations et activités de la société sont reliées à sa raison d'être, soit la détention d'un bien immeuble aux États-Unis pour l'agrément ou l'usage personnel de l'actionnaire;
- les frais d'exploitation de la société sont entièrement supportés par l'actionnaire de manière que la société ne réalise ni gain ni perte à l'égard de l'immeuble au cours de ses exercices financiers;
- la société a acquis l'immeuble avec des fonds provenant seulement de l'actionnaire et non pas en vertu de sa participation ou de celle d'une personne liée dans le capital-actions d'une autre société;
- l'immeuble est acquis par la société sur une base pleinement imposable, c'est-à-dire sans avoir recours aux dispositions de transfert en franchise d'impôt prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Cette structure présentait, jusqu'à tout récemment, des avantages aussi bien sur le plan canadien que sur le plan américain.

L'immeuble n'est pas assujéti à l'impôt successoral américain, puisqu'il est détenu par une compagnie canadienne. De plus, les actions de la société n'étaient pas non plus assujétiées à l'impôt successoral américain, puisqu'il ne s'agit pas de USRPI²²⁰. Finalement, à l'époque où cette structure était utilisée, l'écart entre le taux d'impôt sur le gain en capital réalisé par un individu et par une compagnie était beaucoup moins élevé.

Aux fins canadiennes, l'ARC avait adopté une position administrative selon laquelle il n'y avait pas d'avantage imposable en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. découlant de l'utilisation, par le contribuable, de la propriété située aux États-Unis, lorsque cette propriété était détenue par une société à but unique (c'est-à-dire une société répondant aux critères énumérés ci-dessus). Cette position administrative découlait du fait qu'en raison de

²²⁰ Plusieurs auteurs ont toutefois soulevé de sérieux doutes à l'égard de cette planification, en soulignant que la compagnie pourrait notamment être perçue par l'IRS comme un « sham ».

l'absence de crédit d'impôt canadien à l'égard de l'impôt successoral américain, le décès d'un individu propriétaire d'un immeuble aux États-Unis pouvait entraîner une charge fiscale exorbitante.

Peu après l'entrée en vigueur du troisième protocole à la *Convention*, l'ARC a énoncé son intention de revoir sa politique administrative à l'égard des sociétés à but unique. Or, le 23 juin 2004, l'ARC a annoncé qu'elle a conclu cette révision²²¹ et qu'elle considère désormais que sa politique administrative n'a plus de justification, puisque l'article XXIX B de la *Convention* permet maintenant aux résidents du Canada de réclamer un crédit d'impôt à l'égard de l'impôt successoral américain. Le changement de position de l'ARC s'applique à compter du 18 juin 2004, mais il ne s'applique pas à l'égard des arrangements qui sont déjà en vigueur, et ce, jusqu'à ce que le premier des deux événements suivants survienne : i) la disposition de la propriété immobilière située aux États-Unis par la société à but unique ou ii) la disposition des actions du capital-actions de la société à but unique, autre qu'un transfert de telles actions au conjoint ou au conjoint de fait de l'actionnaire à la suite du décès de celui-ci.

Il nous apparaît que le changement de position de l'ARC est injustifié. En effet, le mécanisme de détermination du crédit d'impôt pour impôt successoral américain dont un résident du Canada bénéficie (soit un crédit calculé en fonction du rapport entre la valeur des biens situés aux États-Unis et la valeur des biens mondiaux) fait en sorte qu'un résident canadien peut être assujéti à un impôt successoral substantiel, qui ne fait pas l'objet d'un plein crédit d'impôt au Canada, comme nous l'avons démontré aux sections 1.1.3.3. et 1.2.4.3. ci-dessus.

Quoi qu'il en soit, l'écart qui existe aujourd'hui entre le taux d'impôt américain applicable au gain en capital réalisé par un individu et celui applicable au gain en capital réalisé par une compagnie milite fortement en faveur de l'abandon pur et simple de la société à but unique.

2.2. TENANCY IN COMMON

La *tenancy in common* est un concept de propriété des biens de common law similaire à la notion de copropriété indivise en droit civil.

²²¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 31, 23 juin 2004.

Ainsi, chacun des conjoints achète une moitié indivise de la propriété, en utilisant ses propres fonds. Si l'un des deux conjoints n'a pas suffisamment de fonds pour acquitter sa moitié du prix d'achat, l'autre conjoint peut lui faire un don en espèces, avant l'achat. Le testament de chaque conjoint prévoit que son intérêt dans la propriété est légué aux enfants ou à une fiducie créée au bénéfice de ceux-ci.

Lors du décès d'un des conjoints, l'intérêt de celui-ci dans la propriété est assujéti à l'impôt successoral américain. Pour déterminer le montant de l'impôt successoral, la valeur de l'intérêt indivis détenu par le défunt doit être établie. Or, de nombreuses décisions de tribunaux américains (dans certains cas, l'IRS) ont reconnu que la valeur d'une moitié indivise d'un immeuble ne correspond pas exactement à la moitié de la valeur de l'immeuble. En effet, une réduction de valeur de la moitié indivise de la propriété détenue par le défunt est justifiée, notamment pour les raisons suivantes : l'hésitation qu'aurait un acheteur potentiel à l'égard de l'acquisition d'une moitié indivise d'une propriété (compte tenu du fait que ces droits sont limités par les droits de l'autre propriétaire indivis) et les coûts inhérents au partage de l'indivision. Des réductions de valeur de l'ordre de 15 % à 20 % ont été accordées. Par exemple, si l'immeuble vaut 200 000 \$, chaque part indivise peut valoir 80 000 \$, compte tenu d'une réduction de 20 % due aux considérations mentionnées ci-dessus.

Au Canada, le décès de l'individu entraînera une disposition réputée de son intérêt dans le *tenancy in common* à sa JVM. Comme les tribunaux américains, certains tribunaux canadiens ont aussi permis de réduire la valeur d'un tel intérêt²²² pour tenir compte des contraintes découlant de la nature juridique du *tenancy in common*.

Ce mode de détention est particulièrement efficace lorsque la valeur des biens situés aux États-Unis n'est pas très élevée et lorsque le crédit global dont dispose le défunt est suffisant pour éliminer (ou presque) l'impôt successoral américain. Il est important que l'intérêt dans le *tenancy in common* soit légué à une personne autre que le conjoint : en effet, si le legs est en faveur du conjoint, la succession de celui-ci ne pourra réclamer de réduction de JVM au moment du décès, puisque le conjoint est alors propriétaire de la totalité de l'immeuble.

Si les conjoints décident de vendre l'immeuble de leur vivant, ils peuvent bénéficier des taux d'impôt américain réduits sur les gains en

²²² *Hewett c. La Reine*, 98 D.T.C. 6003 (C.A.F.), confirmant 97 D.T.C. 561 (C.C.I.).

capital, tel qu'il a été énoncé à la section « Gain en capital » ci-dessus, et d'un crédit d'impôt fédéral et provincial à l'égard de l'impôt américain ainsi payé, selon les règles décrites à la section « Crédit d'impôt pour impôt étranger » ci-dessus.

2.3. JOINT TENANCY

Le *joint tenancy* est un concept de propriété des biens en common law ne possédant pas d'équivalent en droit civil québécois. Brièvement, les *joint tenants* sont considérés comme étant en indivision de leur vivant. C'est lors du décès de l'un des copropriétaires que le *joint tenancy* se démarque réellement, en raison de la notion de *right of survivorship* : en effet, le survivant est considéré comme propriétaire de la totalité de l'immeuble²²³, sans nécessité d'un acte de transmission de propriété par la succession du défunt.

En principe, aux fins de l'impôt successoral américain, la moitié de la valeur de la propriété détenue par les conjoints en *joint tenancy* sera incluse dans la valeur imposable de la succession du premier d'entre eux à décéder. Par contre, depuis 1987, il existe une présomption réfragable selon laquelle la JVM de la totalité de l'immeuble doit être incluse dans la valeur imposable de la succession du premier des deux conjoints à décéder, aux fins de l'impôt successoral américain. Cette présomption sera réfutée si le conjoint survivant peut démontrer qu'il a contribué de façon proportionnelle à l'acquisition de la propriété à même ses propres ressources²²⁴.

Lors du décès du second conjoint, la propriété sera entièrement assujettie à l'impôt successoral américain.

Malheureusement, le *joint tenancy* est souvent utilisé par des conjoints afin de détenir une propriété aux États-Unis, notamment en raison du fait que ce mode de propriété évite les droits successoraux (*probate fee*). Il s'agit d'un exemple classique où l'accent est mis sur un léger problème, soit les droits successoraux, alors que le véritable problème, soit l'impôt successoral américain, reste entier.

Il est possible pour les conjoints qui sont régis par les règles du *joint tenancy* de convertir leur mode de détention en *tenancy in common*, ce qui

²²³ Il s'agit en quelque sorte d'une espèce de tontine immobilière.

²²⁴ I.R.C., § 2040(a).

pemet de soustraire la moitié de la valeur de la propriété à l'impôt successoral lors du décès du second conjoint, si le premier conjoint a légué son intérêt dans la propriété à une personne autre que le conjoint survivant. Toutefois, les conséquences de cette conversion aux fins de l'impôt sur les dons (*gift tax*) sont très complexes et dépendent, en partie, de l'année durant laquelle le *joint tenancy* a été créé et de la source des fonds employés pour acheter la propriété²²⁵.

2.4. ACQUISITION PAR LES ENFANTS

Si un individu d'un certain âge désire acquérir une propriété de villégiature aux États-Unis, il peut envisager de faire acquérir cette dernière directement par ses enfants adultes.

Plusieurs scénarios sont envisageables :

- si les enfants disposent de liquidités suffisantes pour procéder à l'acquisition, il ne fait aucun doute que la propriété n'est pas assujettie à l'impôt successoral lors du décès d'un des parents, même si ceux-ci occupent la propriété, et même si ceux-ci ne paient aucun loyer aux enfants. Cela est vrai, que la propriété soit acquise d'une tierce partie ou des parents;
- si les enfants ne disposent pas de liquidités suffisantes pour procéder à l'acquisition, les parents peuvent donner aux enfants les liquidités nécessaires. Les parents doivent payer aux enfants un loyer correspondant à la JVM locative de la propriété, afin de s'assurer que celle-ci ne soit pas assujettie à l'impôt successoral américain lors de leur décès. Les conséquences fiscales du loyer sont celles décrites à la section 1.1. ci-dessus. Il est important de signaler que l'amortissement fiscal américain obligatoire entraîne un gain en capital « artificiel » lors de la vente de la propriété par les enfants, ce qui enlève un peu d'attrait à cette solution.

Cette structure, avec les variations décrites ci-dessus, peut également comprendre une fiducie, dont les enfants sont bénéficiaires. Cela alourdit quelque peu la structure mais permet de conserver le contrôle de la propriété

²²⁵ Pour une discussion plus détaillée du processus de conversion, nous renvoyons le lecteur à Thomas J. HAKALA et Michael J. SCHAFFER, « Rules Under the New Protocol and Planning Opportunities for Canadians Owning U.S. Real Property », International Fiscal Association Joint Seminar, 1996, pp. 319-336, aux pages 328-330.

à l'extérieur des mains des enfants, lorsque la chose est requise (par exemple, pour des considérations d'ordre matrimonial).

2.5. PRÊT HYPOTHÉCAIRE À RECOURS LIMITÉS (NON-RECOURSE LOAN)

En droit civil et en common law, l'ensemble des biens d'un débiteur constitue le gage commun de ses créanciers. Ainsi, un créancier peut exécuter sa créance à l'encontre de tous les biens de son débiteur, qu'il ait ou non une sûreté portant sur ce bien. Un prêt à recours limités est un prêt à l'égard duquel le créancier a convenu de limiter les biens de son débiteur pouvant faire l'objet d'une exécution. L'exemple classique d'un tel prêt est un prêt avec sûreté hypothécaire portant sur une immeuble, dans le cadre duquel le créancier a convenu de limiter ses recours à l'encontre du débiteur au seul bien immeuble faisant l'objet de la sûreté hypothécaire. Ainsi, en cas de défaut, le créancier ne peut exécuter sa créance qu'à l'encontre de l'immeuble hypothéqué, et non à l'encontre des autres biens du débiteur, contrairement au principe du gage commun des créanciers.

Les prêts à recours limités ont connu leur heure de gloire lors du boom immobilier des années 1980. Toutefois, ces prêts sont en perte de vitesse, plusieurs institutions financières ayant perdu des sommes colossales lors de l'effondrement du marché immobilier au début des années 1990.

L'avantage d'un prêt à recours limités est significatif : en effet, la succession d'un individu peut déduire, dans le calcul de la valeur d'une propriété immobilière située aux États-Unis, le montant total de tout prêt hypothécaire à recours limités garanti par cette propriété, contrairement à un prêt hypothécaire « normal », qui ne peut être déduit qu'en fonction de la proportion que la valeur des biens situés aux États-Unis représente de la valeur des biens mondiaux du défunt.

Bien qu'il soit plutôt rare qu'une institution financière accepte de consentir un prêt hypothécaire à recours limités, il existe quelques façons créatives de bénéficier de l'avantage fiscal dont ce type de prêt jouit.

Ainsi, un individu qui dispose de certaines liquidités (par exemple, un portefeuille de valeurs mobilières) peut créer une fiducie canadienne et donner à celle-ci des sommes importantes. La fiducie peut alors prêter ces mêmes sommes à l'individu, par le biais d'un prêt à recours limités assorti d'une hypothèque grevant la propriété, afin que l'individu achète la propriété, qu'il procède au remboursement de l'hypothèque conventionnelle la grevant en faveur d'une institution financière ou encore tout simplement pour reconstituer son portefeuille de valeurs mobilières.

Si l'on procède de cette façon, il y a réduction substantielle de la valeur de la propriété immobilière aux fins de l'impôt successoral américain, en raison du prêt à recours limités. De plus, lorsque le prêt est utilisé pour reconstituer le portefeuille de valeurs mobilières, il y a ouverture à une déduction fiscale au Canada pour les intérêts payés à la fiducie, puisque l'emprunt a été contracté à des fins de placement²²⁶. Pour s'assurer que l'IRS n'attaque pas cette transaction, il est très important de bien documenter la fiducie, le prêt ainsi que la sûreté hypothécaire. La sûreté doit également être enregistrée, ce qui entraîne certains frais peu onéreux.

La seule condition devant être remplie pour effectuer la transaction ci-dessus est la disponibilité de liquidités substantielles. De plus, la réduction du solde de l'hypothèque ainsi que la plus-value que prend la propriété ne sont pas à l'abri de l'impôt successoral américain. Afin de réduire l'incidence du remboursement du capital de l'hypothèque, il est possible de prévoir qu'aucun remboursement de capital ne sera effectué par l'emprunteur avant un certain terme (par exemple, cinq ans) et de renouveler le prêt à l'échéance. Pour réduire l'incidence de l'augmentation de valeur de la propriété, il est possible d'augmenter graduellement le montant du prêt à recours limités.

Malgré ces quelques difficultés, cette planification possède d'immenses avantages, compte tenu notamment de sa simplicité.

2.6. SOCIÉTÉ EN COMMANDITE

Une autre façon pour un époux et une épouse de détenir une résidence personnelle aux États-Unis est par l'entremise d'une société en commandite québécoise qui fait le choix (*check-the-box*)²²⁷ d'être traitée, au point de vue fiscal américain, comme une compagnie. La simple détention d'une propriété de villégiature pour l'agrément personnel des « associés » pourrait ne pas être suffisante pour que la relation entre les époux à l'égard de cette propriété puisse constituer une société. Afin d'éviter cette problématique, il y a lieu que la société détienne d'autres biens, par exemple une partie du portefeuille de valeurs mobilières. Cela a pour effet de confirmer que les parties entendent partager des bénéfices pécuniaires à l'égard de la société, condition essentielle à l'existence de celle-ci. De plus, il y a lieu qu'une personne autre que les conjoints soit le commandité de la société : en effet, le

²²⁶ Pourvu que les autres conditions de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. soient remplies.

²²⁷ Reg. 301.7701-3(c).

décès d'un des conjoints aurait autrement pour effet de ne laisser qu'un seul associé en vie. Bien que l'article 2232 du *Code civil du Québec*²²⁸ prévoit que la réunion de l'ensemble des parts sociales dans les mains d'un seul associé ne met pas fin à la société, que l'exigence qu'un nouvel associé se joigne à la société dans les 120 jours est onéreuse et qu'elle pourrait faire l'objet d'un oubli malencontreux à la suite d'un décès.

Lors du décès d'un des époux, aucun impôt successoral n'est payable, puisque la résidence ne fait pas partie du patrimoine du défunt. En effet, aux fins fiscales américaines, la propriété est détenue par une compagnie (la société en commandite ayant fait le choix d'être traitée ainsi). Or, cette compagnie n'est pas américaine, puisqu'il s'agit d'une société constituée au Québec. Les « actions » de cette compagnie ne sont donc pas un bien situé aux États-Unis aux fins d'impôt successoral américain.

Le désavantage principal de l'utilisation de cette structure est que, si la résidence est vendue avant le décès des deux conjoints, le gain en capital réalisé sera réputé, aux fins américaines, être réalisé par une compagnie et sera donc imposé aux taux corporatifs élevés (voir tableau 7 ci-dessus).

Nous recommandons l'utilisation de cette structure si une augmentation substantielle de valeur de l'immeuble est peu probable.

CONCLUSION

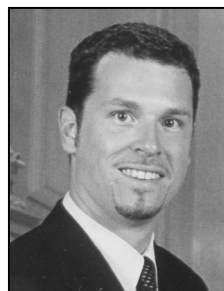
La détention d'un immeuble locatif aux États-Unis pose de beaux défis fiscaux : de toutes les structures élémentaires, la détention personnelle, si elle est possible eu égard aux risques commerciaux et à la disponibilité des ressources financières, sera préférable. En effet, elle seule permet de bénéficier des taux d'impôt réduits sur les gains en capital à long terme. Compte tenu du fait que l'impôt successoral américain s'applique à l'individu, il y a lieu de mettre en place une stratégie de réduction de cet impôt. La détention par une société américaine détenue par l'individu est à éviter. La détention par une société canadienne peut, quant à elle, constituer un bon compromis lorsque la détention personnelle n'est pas possible.

Pour ce qui est des résidences de villégiatures, trois solutions semblent se démarquer. Tout d'abord, pour les propriétés modestes, la détention en *tenancy in common* est un moyen simple et efficace de réduction ou d'élimination pure et simple de l'impôt successoral. Pour les propriétés plus

²²⁸ L.Q. 1991, c. 64.

substantielles, le prêt à recours limités, lorsque l'individu dispose de liquidités substantielles, est un moyen relativement simple et efficace de réduction ou d'élimination de l'impôt successoral. Sinon, la création d'une société en commandite qui choisit d'être traitée comme une compagnie aux fins fiscales américaines peut être envisagée, malgré le fait qu'elle entraîne une augmentation de l'impôt lors d'une vente de la propriété.

FORMALITÉS ADMINISTRATIVES LIÉES À L'EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE AUX ÉTATS-UNIS



Yves Coallier
BAA Fin. Int'l, M. Fisc.
GCI Groupe conseil international inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	15:3
1. NUMÉRO D'IDENTIFICATION : PRÉALABLE À LA DÉCLARATION	15:5
2. DÉCLARATIONS CORPORATIVES	15:6
2.1. QUI DOIT PRODUIRE?	15:7
2.2. QUAND DOIT-ON PRODUIRE?	15:8
2.2.1. Échéance prescrite	15:8
2.2.2. Prolongation du délai de production	15:9
2.3. OÙ PRODUIRE?	15:10
2.4. PARTICULARITÉS TOUCHANT LES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES.....	15:12

3.	DÉCLARATIONS DU PARTICULIER EN AFFAIRES	15:14
3.1.	QUI DOIT PRODUIRE?	15:15
3.2.	QUAND DOIT-ON PRODUIRE?	15:17
3.2.1.	Échéance prescrite	15:17
3.2.2.	Prolongation du délai de production	15:18
3.3.	OÙ PRODUIRE?.....	15:19
4.	PAIEMENT DE L'IMPÔT	15:20
5.	AUTRES DÉCLARATIONS	15:22
6.	PÉNALITÉS.....	15:24
6.1.	PÉNALITÉ CIVILE POUR « DÉLINQUANCE » FISCALE	15:24
6.2.	PÉNALITÉ CIVILE POUR NÉGLIGENCE.....	15:27
6.3.	PÉNALITÉ CIVILE POUR FRAUDE	15:28
6.4.	PÉNALITÉ CIVILE POUR DÉFAUT DE REMETTRE L'IMPÔT	15:29
6.5.	AUTRES PÉNALITÉS À CONSIDÉRER	15:31
6.6.	PÉNALITÉS AU PRÉPARATEUR DES DÉCLARATIONS	15:33
7.	INTÉRÊTS.....	15:35

Ce texte traite des différents formulaires et déclarations fiscales qui doivent être produits aux États-Unis à la fois pour les sociétés étrangères qui font affaire avec les États-Unis et pour les sociétés américaines.

Il porte également sur les déclarations qui doivent être produites pour un individu faisant des affaires aux États-Unis. Les délais de production ainsi que les différentes modalités de production y sont expliqués de même que les conséquences de la non-production.

À noter : Toutes les références monétaires figurant ci-après dans le texte sont faites au dollar américain, à moins d'indication spécifique à l'effet contraire, et ce, pour toutes les sections. De plus, les formulaires qui sont mentionnés peuvent, pour la plupart, être trouvés avec leurs instructions explicatives à l'adresse Internet suivante : www.irs.gov. Des sites Internet similaires existent pour les juridictions inférieures que sont les villes, les comtés et les États américains.

INTRODUCTION

La déclaration de revenus constitue le principal document d'échange de renseignements sur lequel se fonde le système d'autocotisation américain. En effet, le code d'impôt américain ou *Internal Revenue Code*¹ exige que les individus, les sociétés, les fiducies et les successions produisent des déclarations de revenus selon des échéances prescrites à l'aide des formulaires autorisés par les services fiscaux américains ou l'Internal Revenue Service selon deux grands types, soit la déclaration de revenus qui constitue un rapport du contribuable fournissant les données et les faits requis pour calculer le montant des impôts dus, le cas échéant, aux divers paliers de gouvernement, soit la déclaration d'information visant à détailler une transaction ou un paiement à un contribuable (par exemple, des relevés d'emploi²), bref un outil permettant aux autorités fiscales de déterminer le passif fiscal d'un contribuable sans constituer nécessairement la seule base pour ce faire.

À défaut de produire les déclarations requises par la loi, ou en cas de production de déclaration omettant des données ou présentant des

¹ *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »), § 6011 (sauf indication contraire, toutes les références présentées ci-après sont faites à l'*Internal Revenue Code* de 1986 et ses amendements, incluant les règlements afférents).

² § 6051 I.R.C.

informations inexactes à caractère de fraude³, l'Internal Revenue Service est autorisé à produire la déclaration d'un contribuable sur la foi des informations qui lui sont connues ou obtenues par voie de témoignage ou autre méthode⁴.

Au-delà du respect des obligations d'autocotisation du système fiscal américain selon les formes prescrites, la production des déclarations exigées par l'*Internal Revenue Code* permet également d'amorcer le décompte pour le calcul du délai de prescription de trois ans, soit la période durant laquelle l'Internal Revenue Service doit cotiser une déclaration⁵ et la période de collection de 10 ans, soit le délai de perception d'un passif fiscal.

Par contre, la déclaration produite doit être suffisante pour permettre à l'Internal Revenue Service d'établir l'impôt à payer, à défaut de quoi le délai de prescription ne commencera pas à courir, c'est-à-dire que la déclaration produite sera considérée comme si aucune déclaration n'avait été produite, n'emportant ainsi aucune échéance de cotisation pour l'Internal Revenue Service⁶. De même, il importe que la déclaration soit signée par le contribuable ou une personne autorisée en attestant la validité et s'en portant garante.

Dans l'éventualité d'une erreur commise à la production de la déclaration, il est possible de produire une déclaration amendée corrigeant la déclaration originale dont l'acceptation est laissée à la discrétion de l'Internal Revenue Service. Un refus de l'Internal Revenue Service pourrait toutefois être soumis à une revue judiciaire pour abus de discrétion⁷.

Quant aux conséquences de produire une déclaration dite « frivole », une pénalité de 500 \$ peut être imposée par l'Internal Revenue Service en plus du rejet de la déclaration⁸.

Au-delà de l'importance d'acquitter l'impôt dû dans un système d'autocotisation tel celui adopté par les Américains, tout comme les

³ § 7203 I.R.C.

⁴ § 6020(b)(1) I.R.C.

⁵ § 6501(a) I.R.C.

⁶ § 6501(c)(3) I.R.C.

⁷ *Miskovsky v. United States*, 414 F.2d 954 (3d Cir. 1969).

⁸ § 6702(a) I.R.C.

Canadiens, il importe de comprendre la forme que doivent prendre ces déclarations volontaires et les obligations afférentes au calcul de l'impôt et à son paiement.

1. NUMÉRO D'IDENTIFICATION : PRÉALABLE À LA DÉCLARATION

Toute production documentaire auprès de l'Internal Revenue Service doit nécessairement s'accompagner d'une identification du contribuable. Selon qu'il s'agit d'un particulier, d'une société ou d'une autre entité, la personne produisant la déclaration devra fournir un numéro d'identification spécifique, à défaut de quoi la déclaration pourra être rejetée par l'Internal Revenue Service. Ces numéros peuvent prendre les formes suivantes :

- *Social Security Numbers* (ci-après « SSN »)⁹ : numéro ayant la forme 000-00-0000¹⁰, réservé aux citoyens américains ou aux individus ayant le statut de *resident alien individual*;
- *Individual Taxpayer Identification Numbers* (ci-après « ITIN »)¹¹ : numéro se déclinant de la même manière mais débutant par un nombre spécifique l'identifiant comme ITIN¹² plutôt que SSN et attribué par l'Internal Revenue Service **uniquement aux fins fiscales américaines** aux particuliers qui ne sont pas admissibles à l'obtention d'un SSN; et
- *Employer Identification Numbers* (ci-après « EIN »)¹³ : numéro qui prend la forme 00-0000000¹⁴.

⁹ § 301.7701-11 I.R.C.

¹⁰ Obtenu en produisant le Formulaire SS-5, selon Regs. § 301.6109-1(d)(1).

¹¹ § 301.6109-1(a)(1) I.R.C.

¹² Obtenu en produisant le Formulaire W-7, selon Regs. § 301.6109-1(d)(3), en fournissant des documents d'identité originaux et traduits en anglais, le cas échéant, par un traducteur officiel. Par contre, il est également possible d'obtenir ce numéro sans transmettre les documents d'identification originaux si la requête est présentée par un *Certifying Acceptance Agent*, qui diffère de l'*Acceptance Agent* en ce qu'il peut transmettre la demande sans les documents originaux, soit certaines personnes expressément choisies par l'Internal Revenue Service à l'issue d'un processus particulier.

Voir la liste à l'adresse Internet suivante :

<http://www.irs.gov/individuals/article/0,,id=96839,00.html>.

¹³ § 301.7701-12 I.R.C.

¹⁴ Obtenu en produisant le Formulaire SS-4, selon Regs. § 301.6109-1(d)(2).

Il existe également des *Adoption Taxpayer Information Numbers* (ci-après « ATIN »), qui sont des numéros d'enregistrement d'abris fiscaux et d'autres identifications spécifiques à des contribuables bien précis. Par contre, les trois formes précédentes sont les plus courantes. De façon générale, seul un individu non admissible à l'obtention d'un SSN devra utiliser un ITIN, à moins qu'il n'agisse comme un employeur ou ne soit engagé dans une activité commerciale à titre d'entreprise à propriétaire unique, auquel cas il devra utiliser un EIN. Toute personne autre qu'un individu (société par actions, société de personnes, organisme sans but lucratif, fiducie, succession, ou autres entités similaires) à qui l'on requiert de fournir un numéro d'identification fiscale utilisera un EIN.

Cette obligation de présenter un numéro d'identification américain incombe également à des contribuables étrangers (non américains) suivant qu'ils ont un revenu lié à des activités commerciales aux États-Unis, ou qu'ils ont une installation fixe d'affaires ou un bureau américain, ou toute personne produisant une déclaration de revenus, ou encore un individu non résident qui se prévaut du choix des dispositions § 6013(g) ou § 6013(h) I.R.C. lui permettant d'être présumé résident fiscal américain. De la même manière, un individu déclarant des personnes à charge dans sa déclaration de revenus doit nécessairement fournir des numéros d'identification fiscale (SSN ou ITIN) pour chacun d'eux afin de se voir accorder une exemption personnelle et le crédit d'impôt pour enfant et pour personne à charge.

Pour les États, comtés et villes américains, les individus utilisent le même numéro d'identification qu'au fédéral, tandis que les sociétés se verront généralement accorder un numéro d'identification particulier par l'État qui, contrairement à la position de l'Internal Revenue Service, n'empêchera pas le traitement de la déclaration par le *Department of Revenue* de l'État si ledit numéro n'apparaît pas à la déclaration de cette juridiction.

2. DÉCLARATIONS CORPORATIVES

La section qui suit présente les obligations de production de déclarations de revenus qu'impose l'Internal Revenue Service, au niveau fédéral, aux **sociétés ayant des activités commerciales aux États-Unis**, qu'elles y soient incorporées (sociétés domestiques) ou non (sociétés étrangères). Le cas échéant, les particularités des juridictions inférieures que sont les États, les comtés et les villes font l'objet d'explications plus détaillées en fin de sous-section.

2.1. QUI DOIT PRODUIRE?

Toute société domestique qui n'est pas autrement exempte d'impôt doit produire une déclaration de revenus, qu'elle ait ou non un revenu imposable et peu importe son chiffre d'affaires¹⁵.

Pour ce faire, les sociétés américaines utilisent le Formulaire 1120, qui se décline également en une version simplifiée, le Formulaire 1120-A, pour les sociétés domestiques dont le chiffre d'affaires, le revenu total et les actifs sont inférieurs à 500 000 \$ et qui remplissent également d'autres critères, dont aucune détention par des sociétés étrangères. Également :

- le Formulaire 1120-S, utilisé par les entités se qualifiant de *small business corporations*, aussi connues sous la désignation « S Corporation »¹⁶;
- le Formulaire 1120-F, utilisé par les sociétés étrangères (F pour *foreign corporations*) dont les revenus, en tout ou en partie, sont assujettis aux impôts américains;
- le Formulaire 1120-L, produit par les sociétés d'assurance vie et les mutuelles d'assurance;
- le Formulaire 1120, « Schedule PH », produit par une *personal holding company* et joint à sa déclaration de revenus produite sur un Formulaire 1120 ou 1120-F selon que la société est résidente ou non des États-Unis.

En ce qui concerne plus particulièrement la société non résidente des États-Unis, elle a l'obligation¹⁷ de produire une déclaration de revenus dès qu'elle s'engage dans une activité commerciale aux États-Unis, à n'importe quel moment durant son année fiscale, et ce, même si la société n'a aucun revenu de source américaine ou qu'un tel revenu est exclu grâce à une convention fiscale entre les États-Unis et son pays d'incorporation ou d'installation fixe d'affaires. En l'absence de revenu, la déclaration sera généralement produite en blanc et accompagnée d'une annexe décrivant la nature et la valeur des exclusions demandées.

¹⁵ § 6012(a)(2) I.R.C.; Regs. § 1.6012-2(a)(1).

¹⁶ Regs. § 1.6012-2(h).

¹⁷ Regs. § 1.6012-2(g).

Il existe également certaines organisations qui sont exemptes d'impôt fédéral, par exemple les organismes caritatifs, religieux, d'enseignement, les coopératives agricoles, les organisations politiques et certaines associations. Malgré tout, ces entités doivent produire annuellement une déclaration de revenus avec le Formulaire 900-T si elles ont généré 1 000 \$ ou plus d'activités commerciales non reliées.

2.2. QUAND DOIT-ON PRODUIRE?

2.2.1. Échéance prescrite

L'échéance de production pour une société se détermine selon qu'elle a ou non un bureau ou une installation fixe d'affaires aux États-Unis.

Si la société a une installation fixe d'affaires américaine, elle est tenue de produire sa déclaration de revenus le ou avant le 15^e jour du 3^e mois suivant la fin de son année fiscale¹⁸, soit le ou avant le 15 mars pour les sociétés dont l'exercice est basé sur l'année civile. Par ailleurs, comme au Canada, si le délai de production échoit une journée autre qu'ouvrable, le délai est étendu jusqu'au prochain jour ouvrable¹⁹.

Pour ce qui est des sociétés exemptes d'impôt fédéral, leur délai de production est fixé au plus tard au 15^e jour du 5^e mois suivant leur fin d'exercice annuel²⁰.

Quant à la société étrangère qui n'a pas d'installation fixe d'affaires aux États-Unis mais qui y exploite une entreprise ou a des activités commerciales en sol américain, elle doit produire sa déclaration de revenus fédérale américaine le ou avant le 15^e jour du 6^e mois suivant sa fin d'année, soit au plus tard le 15 juin pour celles dont l'exercice est calqué sur l'année civile. Ce délai s'applique également à un individu non résident qui tire des revenus de source américaine sans que ces revenus soient assujettis à des retenues à la source aux États-Unis. Par contre, si les revenus de cet individu sont sujets à des retenues, son délai de production est ramené au délai existant pour les résidents américains, soit le 15^e jour du 4^e mois suivant la fin d'année (normalement le 31 décembre, donc production au 15 avril suivant).

¹⁸ § 6072(b) I.R.C.

¹⁹ § 7503 I.R.C.

²⁰ § 6072(e) I.R.C.

2.2.2. Prolongation du délai de production

Cependant, il est possible de prolonger le délai de production en déposant une demande dite *extension of time to file return* auprès de l'Internal Revenue Service de même qu'auprès de la plupart des autres juridictions américaines, qui adoptent des échéances de production différentes dans bien des cas. Hormis pour les contribuables qui se trouvent à l'étranger, la prolongation du délai de production n'excède pas six mois²¹. Notons également que cette prolongation du délai de production **n'a pas pour effet de prolonger le délai de paiement**, les impôts étant payables à la date de production originale, à défaut de quoi les sommes impayées porteront intérêt et d'éventuelles pénalités si le paiement est remis seulement au moment de la production durant le délai prolongé.

Sommairement, la demande de prolongation du délai s'établit comme suit **pour les sociétés** :

- prolongation automatique de six mois en produisant le Formulaire 7004, « Application for Automatic Extension of Time To File Corporation Income Tax Return », le jour de l'échéance prescrite ou avant. Ce formulaire doit être signé et transmis au bureau de l'Internal Revenue Service qui doit traiter la déclaration avec le paiement des impôts estimés²²;
- dans certains cas particuliers, une société peut obtenir un délai pour acquitter l'impôt si cette société s'attend à générer une perte nette appliquée rétroactivement à un revenu imposé dans une année antérieure. Une telle demande²³ est déposée auprès de l'Internal Revenue Service avec le Formulaire 1138, « Extension of Time for Payment of Taxes By a Corporation Expecting a Net Operating Loss Carryback », transmis au *Cincinnati Submission Processing Center* ou au *Ogden Submission Processing Center* selon le lieu où se situe le principal bureau de la société aux États-Unis.

²¹ § 6081(a) I.R.C.

²² § 6081(b) I.R.C.; Regs. § 1.6081-3(a).

²³ Doit faire état de la perte nette anticipée, des faits et circonstances causant cette perte, du montant de réduction de l'impôt antérieurement payé résultant de l'application rétroactive de la perte et, enfin, de la part d'impôt sur laquelle porte la demande de prolongation de paiement.

De plus, en cas de **désastre reconnu**²⁴ par le président américain, l'Internal Revenue Service a l'autorité de reporter une échéance de production (par l'entremise du secrétaire au Trésor américain) jusqu'à une année. Cette mesure a été utilisée, entre autres, à la suite des événements du 11 septembre 2001 et en prévention du risque potentiel que présentait un éventuel « bug » informatique au passage de l'an 2000. Contrairement aux prolongations définies plus haut, ce report d'échéance ne vise pas uniquement le délai de production mais **porte également sur le paiement de l'impôt**, sur le délai de contribution à des régimes de retraite et de contributions à des *Individual Retirement Accounts* (IRA) (équivalent américain des régimes enregistrés d'épargne-retraite), sur le délai pour compléter des roulements fiscaux et sur le délai d'appel des cotisations²⁵. En contrepartie, cette prolongation de délai est également accordée à l'Internal Revenue Service pour la cotisation, la perception et tout autre acte portant prescription²⁶.

Finalement, l'Internal Revenue Service peut recourir à un pouvoir discrétionnaire lui permettant de prolonger tout autre délai (de production, de paiement ou autre). Pour les autres juridictions américaines, il est généralement possible de requérir une prolongation du délai de production de la déclaration de revenus. Il importe toutefois de valider l'échéance prescrite, qui peut différer de l'échéance fédérale, et le délai accordé, qui peut également différer du délai consenti par l'Internal Revenue Service. À ce niveau, chaque cas est particulier.

2.3. OÙ PRODUIRE?

Les déclarations doivent généralement être produites auprès des services de l'Internal Revenue Service, au bureau desservant la région où se situe l'installation fixe d'affaires ou le siège social de la société. Une adresse existe également pour les sociétés hors du territoire américain (*Philadelphia Service Center*). Il importe de souligner qu'une déclaration produite au mauvais centre de traitement ne sera pas considérée comme étant produite par l'Internal Revenue Service, empêchant ainsi de faire courir le délai de

²⁴ La liste des situations pouvant donner lieu à une telle prolongation est donnée à la disposition § 1033(h)(3) I.R.C.

²⁵ Regs. § 301.7508A-1(c)(1). Voir également *Notice* 2002-7, 2002-6 I.R.B. 489.

²⁶ Regs. § 301.7508A-1(c)(2). Voir également *Notice* 2001-68, 2001-47 I.R.B. 504 pour les points visant les événements du 11 septembre 2001.

prescription et pouvant entraîner des conséquences dans le traitement de la déclaration et du paiement afférent, incluant d'éventuels intérêts et pénalités.

La transmission des déclarations faite par courrier standard peut également être préjudiciable au contribuable si l'enveloppe est perdue. La déclaration sera alors réputée être non produite par l'Internal Revenue Service. Autrement dit, le contribuable assume le risque de défaut de livraison. Il est donc recommandé de recourir à un **service de messageries ou de transmettre la déclaration avec un accusé de réception**. Si la déclaration est transmise par courrier enregistré, la date du prélèvement de l'envoi est considérée comme étant la date de réception par l'Internal Revenue Service²⁷ (certaines sociétés de messageries²⁸). Cette date constitue également la preuve d'une production selon les délais prescrits, dans l'éventualité où le dossier serait égaré à l'interne par l'Internal Revenue Service et les autorités fiscales des autres juridictions américaines.

Soulignons également que la production d'une déclaration pour un type d'impôt n'aura pas pour effet de faire courir les délais de prescription pour d'autres types d'impôts (par exemple, les retenues à la source pour paiement à des non-résidents – équivalent de la Partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*²⁹ – ou les déductions à la source).

Les règles particulières suivantes s'appliquent aux sociétés :

- production auprès du bureau de l'Internal Revenue Service selon l'adresse de l'installation fixe d'affaires³⁰;

²⁷ Regs. § 301.7502-1(a).

²⁸ L'Internal Revenue Service a désigné quatre sociétés privées de messageries se qualifiant pour la règle de réception à la date de prélèvement du colis, soit 1) Airborne Express – Overnight, Next Afternoon, and Second Day Service; 2) DHL Worldwide Express – Same Day and USA Overnight Service; 3) Federal Express – Priority Overnight, Standard Overnight, 2Day Service, International Priority, and International First; 4) United Parcel Service (UPS) – UPS Next Day Air, UPS Next Day Air Saver, UPS 2nd Day Air, UPS 2nd Day Air A.M., UPS Worldwide Express Plus, and UPS Worldwide Express. Toute transmission par une société privée autre que celles-ci (par exemple, Purolator) ne sera reconnue comme étant reçue qu'à sa réception au bureau correspondant de l'Internal Revenue Service (voir à cet effet, *Notice* 2002-62, 2002-39 I.R.B., modifiant *Notice* 2001-62, 2001-40 I.R.B. 307, modifiant *Notice* 99-41, 1999-2 C.B. 325, modifiant *Notice* 97-26, 1997-1 C.B. 413, et *Revenue Procedure* 97-19, 1997-1 C.B. 644).

²⁹ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

³⁰ § 6091(b)(2)(A)(i) I.R.C.; Regs. 1.6091-2(c).

- si cette adresse est située à l'extérieur des États-Unis (par exemple, le cas d'une société canadienne faisant affaire aux États-Unis sans y créer d'établissement stable), production auprès du *Philadelphia Service Center*³¹;
- les amendés sont généralement produits selon les mêmes instructions.

2.4. PARTICULARITÉS TOUCHANT LES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES

Partant du principe qu'il n'existe aucune loi publique internationale gouvernant les régimes fiscaux nationaux, chaque pays adapte ses règles internes et définit leur application à des personnes et à des transactions étrangères, conservant ainsi leur souveraineté d'imposer ces revenus.

Dans la détermination du revenu imposable, l'*Internal Revenue Code* se base sur le revenu brut dont la définition varie selon qu'il s'agit d'un contribuable résident des États-Unis (résident fiscal ou citoyen) qui devra inclure ses revenus de source mondiale, ou d'un contribuable non résident qui s'imposera plutôt sur ses revenus de source américaine seulement (exception faite de certaines transactions de sociétés dont plus de 50 % du vote et de la valeur sont détenus par des actionnaires américains).

Ensuite, selon la nature du revenu, le mode d'imposition sera différent : retenue à la source par le payeur³² établie selon un taux fixe du **revenu brut passif** versé à un non-résident, constituant un impôt final, ou retenue/autocotisation sur le **revenu net actif** du non-résident imposable selon des taux gradués.

En ce qui concerne les sociétés étrangères, elles sont généralement soumises aux impôts américains sur leurs revenus liés à leurs activités commerciales américaines seulement (*effectively connected income with a trade or business in United States*)³³. La société dite domestique, celle créée ou organisée aux États-Unis selon les lois d'un État américain³⁴ ou d'une loi fédérale, s'y imposera plutôt sur ses revenus mondiaux.

³¹ Regs. § 1.6091-2(c) et Regs. § 1.6091-3(f).

³² § 1441(a) I.R.C.

³³ § 882 I.R.C.

³⁴ La notion d'État est ici restrictive en ce sens qu'elle n'inclut pas les possessions ni les territoires américains.

La société étrangère qui génère un revenu de source américaine mais sans pour autant créer d'établissement stable, ce faisant, pourra généralement se prévaloir d'une **exemption** contenue à la plupart des conventions fiscales signées entre les États-Unis et les autres pays pour se soustraire à l'impôt américain. Cela dit, à condition que la société en question soit située dans un pays conventionné qui a convenu d'une telle exclusion et qu'elle respecte la procédure pour demander une telle dérogation.

Pour se prévaloir de cette exception à l'imposition d'un revenu de source américaine, la société étrangère devra produire une déclaration en blanc accompagnée d'une position selon la convention fiscale divulguée par le Formulaire 8833, « Treaty based return position disclosure ». Seulement à cette condition pourra-t-elle bénéficier de l'exception et ne pas acquitter d'impôt américain sur ce revenu de source américaine.

De plus, la production de cette déclaration permettra de faire courir le délai de prescription pour l'année fiscale visée. Des pénalités de 10 000 \$ par transaction commerciale non divulguée peuvent être exigées par l'Internal Revenue Service, bien que cette pratique soit peu courante puisqu'en cas de défaut de produire (donc défaut de demander les déductions et les dépenses en réduction du revenu brut), l'Internal Revenue Service a la possibilité de cotiser la société étrangère sur la base de son chiffre d'affaires américain (revenu brut) plutôt que de son revenu net.

Quant à l'approche fiscale des États américains en ce qui concerne les sociétés étrangères, retenez qu'environ la moitié d'entre eux respecte les conventions fiscales. En effet, ces conventions entre gouvernements fédéraux ne lient pas les juridictions inférieures et ne briment en rien leur pouvoir de taxation.

En conclusion de cette section, nous portons à votre attention certains formulaires à considérer, au-delà des déclarations de revenus et des formulaires de conformité propres à chaque juridiction inférieure (État, comté, ville), parmi les plus importants et les plus fréquents :

- Formulaire 5471, « Information with Respect to a Foreign Corporation » : cette déclaration vise à divulguer à l'Internal Revenue Service les informations relatives aux intérêts qu'une personne détient dans des sociétés étrangères, incluant l'identification des actionnaires, les états financiers de ces sociétés, les transactions de prêt ou d'emprunt avec ces entités, etc.;

- Formulaire 5472, « Foreign Owned Corporation Information Return » : déclaration d'information annuelle utilisée pour rapporter les activités entre certaines sociétés étrangères et leurs sociétés liées, fait état entre autres des actionnaires directs et indirects détenant des participations supérieures ou égales à 25 %, de toutes les transactions monétaires ou non, présentées par catégorie, qui sont survenues entre ces sociétés durant l'exercice. Ce formulaire est joint à la déclaration de revenus de la société et est également **transmis en copie conforme** au bureau international de l'Internal Revenue Service à Philadelphie;
- Formulaire 1118, « Foreign Tax Credit Computation » : toute société américaine qui perçoit un revenu de source étrangère sur lequel elle acquitte un impôt sur le revenu dans cette juridiction doit en faire état sur ce formulaire pour documenter le crédit d'impôt étranger demandé au niveau fédéral américain sur le revenu étranger ayant fait l'objet de cet impôt;
- Formulaire TD F 90-22.1, « Report of Foreign Bank and Financial Account » : à produire pour tout résident fiscal américain qui a un intérêt financier dans un compte bancaire étranger, à n'importe quel moment durant l'année, dont la valeur excède 10 000 \$. Ce formulaire est transmis au bureau international de l'Internal Revenue Service à Philadelphie et **n'accompagne pas la déclaration de revenus** américaine;
- Formulaires 1042 et 1042 S : formulaires à remplir pour documenter les paiements versés à des non-résidents en termes de paiement brut et de type de paiement, de même que pour faire état des retenues à la source perçues et remises à l'Internal Revenue Service au nom du bénéficiaire non résident.

3. DÉCLARATIONS DU PARTICULIER EN AFFAIRES

La section qui suit présente les obligations de production de déclarations de revenus qu'impose l'Internal Revenue Service, au niveau fédéral, pour les **individus faisant des affaires aux États-Unis**, bref le pendant de la section précédente qui portait sur les obligations des personnes morales. Le cas échéant, les particularités propres aux États, aux comtés et aux villes font l'objet d'explications plus détaillées en fin de sous-section.

L'individu non résident (soit un résident fiscal et citoyen étranger) peut être assujéti à l'impôt américain selon trois régimes distincts pourtant reliés, chacun pouvant s'appliquer indépendamment.

D'abord l'impôt gradué visant le revenu net lié à une activité commerciale aux États-Unis, puis l'impôt fixe de 30 % (pouvant être réduit par convention fiscale) visant les revenus passifs de source américaine et, enfin, le gain découlant de la disposition d'un intérêt immobilier américain, prélevé d'abord selon un taux fixe de 10 %, mais pouvant être réduit en produisant une déclaration du gain net imposé alors aux taux gradués propres aux gains en capital.

3.1. QUI DOIT PRODUIRE?

Tout individu, citoyen ou résident des États-Unis dont le revenu brut pour une année d'imposition est supérieur au plancher prescrit³⁵ doit produire une déclaration de revenus³⁶.

Pour ce faire, les particuliers américains utilisent le Formulaire 1040³⁷, qui se décline également en deux versions simplifiées, les Formulaires 1040-A et 1040-EZ (EZ pour *easy*), pour les individus dont le revenu imposable est inférieur à 50 000 \$ et qui réclament les déductions fixes (*standard deduction*) plutôt que les déductions spécifiques (*itemized deduction*)³⁸. En comparaison au système existant au Canada, les États-Unis appliquent des statuts de production de la déclaration différents :

- célibataire : contribuable non marié, ne se qualifiant pas comme chef de famille;
- marié produisant conjointement³⁹ : contribuable marié à une personne de sexe opposé (**excluant les conjoints de fait et les conjoints de même sexe**) au dernier jour de l'année;

³⁵ Soit la somme des exemptions et des déductions de base auxquelles le contribuable a droit. Voir à cet effet les dispositions § 151(d) et § 63(c) I.R.C.

³⁶ § 6011 et § 6012 I.R.C.

³⁷ Regs. § 1.6012-1(a)(6).

³⁸ Pour les détails relatifs à la production de ces déclarations, vous pouvez vous référer à la publication 17 de l'Internal Revenue Service intitulée *Your federal income tax*.

³⁹ Les fourchettes de taux applicables à ce statut équivalent au double des fourchettes en vigueur pour le contribuable célibataire ou la personne mariée produisant séparément de son conjoint. La production d'une déclaration conjointe a pour effet de combiner les revenus et les dépenses des deux contribuables comme s'il ne s'agissait que d'un seul. Par contre, les deux conjoints sont tenus conjointement et solidairement (à suivre...)

- marié produisant séparément : contribuable marié choisissant de ne pas consolider les revenus et les dépenses de son conjoint;
- veuf(ve) : possibilité pour un contribuable marié de produire une déclaration conjointe, malgré le décès de son conjoint, pour les deux années suivant le décès, durant lesquelles il ne s'est pas remarié, vit avec un enfant dépendant et est admissible à la déduction pour cette personne à charge⁴⁰;
- chef de famille : ce statut, accordé à un contribuable qui a des enfants à sa charge et qui n'est pas marié, permet de se prévaloir de taux d'impôt plus faibles que ceux en vigueur pour le célibataire⁴¹.

Dans le cas du travailleur autonome dont les revenus sont au moins de 400 \$ durant l'année fiscale, l'Internal Revenue Service exige qu'il produise sa Déclaration 1040 accompagnée de l'annexe « Schedule SE ». Suivant cette logique, deux conjoints mariés qui tirent des revenus de travailleurs autonomes d'au moins 400 \$ et qui produisent une déclaration conjointe auront l'obligation de calculer la *Self-Employment Tax* séparément sur leurs revenus de travailleurs autonomes individuels⁴².

Ajoutons à cette rubrique certains formulaires à saveur internationale à considérer également lors de la production d'une déclaration de revenus d'un individu :

- Formulaire TD F 90-22.1, « Report of Foreign Bank and Financial Account » : à produire pour tout résident fiscal américain qui a un intérêt financier dans un compte bancaire étranger, à n'importe quel moment durant l'année, dont la valeur excède 10 000 \$. Ce formulaire est transmis au bureau international de l'Internal Revenue Service à Philadelphie et n'accompagne par la déclaration de revenus américaine;

(...suite)

responsables de la dette fiscale, incluant les intérêts et les pénalités pouvant s'appliquer lors d'un défaut de paiement ou d'une erreur commise à la déclaration.

⁴⁰ § 1(a)(2) et § 2(a) I.R.C.

⁴¹ § 1(b) et § 2(b) I.R.C.

⁴² § 6017 I.R.C.

- Formulaires 673 et 2555, « Foreign Earned Income » : ces formulaires permettent de soustraire à l'impôt américain certains revenus gagnés à l'étranger par un individu;
- Formulaires 1040-C et 2063, « Departing Alien's Return » : tout citoyen étranger qui est résident fiscal ou non des États-Unis doit normalement obtenir un quitus fiscal des autorités fédérales préalablement à son départ des États-Unis;
- Formulaire 1078, « Certificate of Alien Claiming U.S. Residence » : le citoyen étranger qui réside aux États-Unis peut certifier, à l'aide de ce formulaire, à un agent payeur que ce dernier n'a pas à percevoir de retenues à la source sur les paiements qui lui sont dus;
- Formulaire 1116, « Foreign Tax Credit Computation » : tout citoyen américain, résident, succession ou fiducie qui a payé un impôt sur le revenu à l'étranger doit en faire état sur ce formulaire pour documenter le crédit d'impôt étranger demandé au niveau fédéral américain sur le revenu étranger ayant fait l'objet de cet impôt;
- Formulaire 5471, « Information with Respect to a Foreign Corporation » : cette déclaration vise à divulguer à l'Internal Revenue Service les informations relatives aux intérêts qu'une personne détient dans des sociétés étrangères, incluant l'identification des actionnaires, les états financiers de ces sociétés, les transactions de prêt ou d'emprunt avec ces entités, etc.

3.2. QUAND DOIT-ON PRODUIRE?

3.2.1. Échéance prescrite

L'échéance de production statutaire pour un individu est **fixée au 15 avril** suivant l'année civile pour laquelle la déclaration est produite. Par ailleurs, tel qu'il a été expliqué pour les sociétés, si le délai de production échoit une journée autre qu'une journée ouvrable, le délai est prolongé jusqu'au prochain jour ouvrable⁴³.

Quant à l'individu non résident qui tire des revenus de source américaine sans que ces revenus soient assujettis à des retenues à la source

⁴³ § 7503 I.R.C.

aux États-Unis, il doit produire sa déclaration de revenus fédérale américaine le ou avant le 15^e jour du 6^e mois suivant sa fin d'année, soit **au plus tard le 15 juin**. Par contre, si les revenus de cet individu peuvent être soumis à des retenues, son délai de production est ramené au délai en vigueur pour les résidents américains, soit le 15^e jour du 4^e mois suivant la fin d'année (normalement le 31 décembre, donc production au 15 avril suivant).

3.2.2. Prolongation du délai de production

Sommairement, la demande de prolongation du délai s'établit comme suit **pour les individus** :

- prolongation automatique de quatre mois en produisant le Formulaire 4868, « Application for Automatic Extension of Time to File U.S. Income Tax Return », le ou avant le 15 avril suivant l'année fiscale visée. Ce formulaire n'a **pas à être signé** mais il importe de le transmettre au bureau de l'Internal Revenue Service qui doit traiter la déclaration, et d'y inclure une estimation adéquate⁴⁴ de l'impôt payable. Cette demande **donnant automatiquement droit au délai**, l'Internal Revenue Service ne peut la refuser, bien qu'il lui soit possible d'y mettre un terme par un avis à cet effet qui doit être transmis au contribuable au moins 10 jours avant la date d'échéance ainsi fixée⁴⁵;
- prolongation additionnelle de deux mois (repoussant donc le délai de production prescrit de six mois) en produisant, avant le premier terme étendu de quatre mois, le Formulaire 2688 ou une lettre justifiant les motifs de cette requête de prolongation additionnelle pour laquelle l'Internal Revenue Service a pleine discrétion⁴⁶;
- prolongation de deux mois pour les citoyens et résidents fiscaux américains dont le domicile est situé à l'extérieur des États-Unis ou qui sont mobilisés hors du territoire américain en joignant à leur déclaration de revenus une annexe démontrant leur admissibilité à une telle prolongation⁴⁷.

⁴⁴ L'*Internal Revenue Code* et les règlements afférents sont muets quant à ce qui constitue une telle estimation. La Cour indique que le contribuable doit produire un estimé raisonnable fondé sur les informations disponibles au moment de produire la demande de prolongation de délai.

⁴⁵ § 7805 I.R.C.; Regs. § 1.6081-4(a).

⁴⁶ Regs. § 1.6081-1.

⁴⁷ Regs. § 1.6081-5(a)(6).

De plus, en cas de désastre reconnu⁴⁸ par le président américain, l'Internal Revenue Service a l'autorité de reporter une échéance de production (par l'entremise du secrétaire au Trésor américain) jusqu'à une année (voir les explications détaillées à la section 2.2.2. plus haut). Également, l'Internal Revenue Service peut recourir à un pouvoir discrétionnaire lui permettant de prolonger tout autre délai (de production, de paiement ou autre) pour un particulier, tout comme pour une société.

Enfin, sur le plan des autres juridictions américaines, il est généralement possible de requérir une prolongation du délai de production de la déclaration de revenus selon des paramètres similaires à ceux du fédéral. Il importe toutefois de valider l'échéance prescrite, qui peut **différer de l'échéance fédérale**, et le délai accordé, qui peut également différer du délai consenti par l'Internal Revenue Service. Encore une fois, chaque cas est particulier et chaque État a la possibilité d'adopter une approche qui lui est propre.

3.3. OÙ PRODUIRE?

Les déclarations doivent généralement être produites auprès des services de l'Internal Revenue Service, au bureau desservant l'État de résidence d'un individu. Une adresse existe également pour les individus hors du territoire américain (*Philadelphia Service Center*). Rappelons qu'une déclaration produite au mauvais centre de traitement ne sera pas considérée comme étant produite par l'Internal Revenue Service, empêchant ainsi de faire courir le délai de prescription et pouvant entraîner des conséquences dans le traitement de la déclaration et du paiement afférent, incluant d'éventuels intérêts et pénalités.

La transmission des déclarations faite par courrier standard peut également être préjudiciable au contribuable si l'enveloppe est perdue. La déclaration sera alors réputée être non produite par l'Internal Revenue Service. Autrement dit, le contribuable assume le risque de défaut de livraison. Il est donc recommandé de recourir à un service de messageries ou de transmettre la déclaration avec un accusé de réception. Si la déclaration est transmise par courrier enregistré, la date du prélèvement de l'envoi est considérée comme étant la date de réception par l'Internal Revenue Service⁴⁹ (services de messageries reconnus, tels qu'indiqués précédemment dans la

⁴⁸ La liste des situations pouvant donner lieu à une telle prolongation est donnée à la disposition § 1033(h)(3) I.R.C.

⁴⁹ Regs. § 301.7502-1(a).

section traitant des sociétés). Cette date constitue également la preuve d'une production selon les délais prescrits, dans l'éventualité où le dossier serait égaré à l'interne par l'Internal Revenue Service.

Soulignons également que la production d'une déclaration pour un type d'impôt n'aura pas pour effet de faire courir les délais de prescription pour d'autres types d'impôts (par exemple, les retenues à la source pour paiement à des non-résidents – équivalent de la Partie XIII L.I.R. – ou les déductions à la source). De la même manière, la production d'une déclaration par un individu rapportant des revenus de pourboires ne limite pas le délai de cotisation des contributions au *Federal Insurance Contributions Act* (régime américain comprenant la *Medicare Tax* et la *Social Security Tax*).

Les règles particulières suivantes s'appliquent aux individus :

- production auprès du bureau de l'Internal Revenue Service selon l'adresse de domicile ou de l'installation fixe d'affaires⁵⁰;
- si cette adresse est située à l'extérieur des États-Unis (pour un non-résident ou un résident/citoyen domicilié à l'étranger ou un membre du personnel militaire mobilisé hors du territoire américain), production auprès du *Philadelphia Service Center*⁵¹;
- pour la remise de la déclaration en mains propres, par le contribuable ou un représentant autorisé (famille, employé, comptable, messenger, avocat, fiscaliste), le dépôt de documents s'effectue d'ordinaire au bureau local de l'Internal Revenue Service;
- les amendés sont généralement produits selon les mêmes instructions.

4. PAIEMENT DE L'IMPÔT

De façon générale, le paiement de l'impôt sur le revenu s'effectue selon les délais prescrits et le lieu de production de la déclaration de revenus⁵². Rappelons cependant que l'obtention d'une prolongation de délai pour

⁵⁰ § 6091(b)(1)(A)(i) I.R.C.; Regs. § 1.6091-2(a)(1), (c).

⁵¹ § 6091(b)(1)(B)(i) I.R.C.; Regs. § 1.6091-2(a)(1); IRS Publication 54. Regs. § 1.6091-2(a)(1) mentionne un bureau à Baltimore, mais ce point de service n'existe plus.

⁵² § 6151(a) I.R.C.

produire la déclaration ne permet pas de reporter le paiement de l'impôt⁵³. **Une seule exception existe pour un individu** qui choisit de faire établir son impôt par l'Internal Revenue Service. Le paiement n'est alors pas requis avant 30 jours suivant la date de transmission de l'avis de détermination de l'impôt dû par l'Internal Revenue Service⁵⁴. Ce choix n'est toutefois possible que pour le particulier dont le revenu brut n'excède pas 10 000 \$ et n'inclut aucun revenu autre que du salaire, des dividendes et/ou intérêts, ces deux derniers ne pouvant totaliser plus de 100 \$⁵⁵.

Le paiement peut prendre la forme d'un chèque, d'une traite bancaire, d'un mandat-poste ou d'un autre véhicule garanti par une institution financière américaine et il peut être effectué en dollars américains⁵⁶. Il est également possible d'acquitter l'impôt par carte de débit et par carte de crédit⁵⁷, auquel cas le paiement est reconnu comme étant reçu au moment où l'émetteur de la carte autorise la transaction. Généralement, les paiements par carte sont possibles par l'entremise d'un agent escompteur d'impôt, auquel s'adresse l'Internal Revenue Service, qui perçoit une cote (généralement 2 % ou plus) sur la transaction et qui peut exiger des frais fixes de traitement en supplément.

L'employeur est pour sa part tenu de déduire à la source un impôt sur le salaire versé à son employé selon des barèmes définis en début d'emploi (Formulaire W-4 rempli par chaque employé) et d'en faire remise périodiquement. Des exigences similaires portent sur les contributions sociales des employés et des employeurs dont les sommes déduites doivent faire l'objet de remises selon des échéanciers et des normes spécifiques (Formulaires de relevé d'emploi W-2, Sommaire W-3⁵⁸, relevés de remise des charges selon le *Federal Insurance Contributions Act* et de l'impôt avec le Formulaire trimestriel 941, relevé de remise des charges de l'équivalent d'assurance-emploi (*Federal Unemployment Tax Act*) avec le Formulaire annuel 940 au fédéral et les formulaires particuliers à chaque État percevant une quote-part du *Federal Unemployment Tax Act*, etc.).

⁵³ *Id.*

⁵⁴ § 6151(b) I.R.C.

⁵⁵ § 6151(b)(1) et § 6014(a) I.R.C. Voir également Regs. § 1.6014-2.

⁵⁶ Regs. § 301.6311-1(a).

⁵⁷ Regs. § 301.6311-2.

⁵⁸ Formulaires produits auprès de la *Social Security Administration*, au bureau desservant l'installation fixe d'affaires de l'employeur.

En situation de remboursement, le contribuable peut choisir d'appliquer le montant dû par les autorités fiscales à une année subséquente⁵⁹. Ce **choix est toutefois irrévocable**, c'est-à-dire que le contribuable ne pourra ensuite demander le remboursement du montant appliqué comme acompte provisionnel⁶⁰. Et vice versa, s'il demande le remboursement, il ne pourra ensuite requérir que le montant soit appliqué comme acompte provisionnel.

Un autre mode de perception des paiements d'impôt existe pour les personnes non résidentes. En effet, la plupart de ces personnes (individus et entités) peuvent être soumises à des retenues de 30 % (taux pouvant être réduit par convention fiscale) sur les revenus passifs (*fixed and determinable annual income from U.S. sources*⁶¹) qui leur sont versés de sources américaines. Ce type de revenu regroupe généralement les paiements d'intérêts et de dividendes, les loyers, les redevances, les annuités et certaines compensations. De façon similaire à l'approche adoptée au Canada pour les paiements à des non-résidents sous la Partie XIII L.I.R., le payeur américain a l'obligation⁶² de retenir le montant prescrit, d'en faire remise à l'Internal Revenue Service et de faire rapport au bénéficiaire du montant brut payé et de la retenue versée à l'aide du Formulaire 1042.

Selon cette même logique, des particularités s'appliquent à l'acheteur d'une propriété détenue par un non-résident, soit une retenue de 10 % du coût d'acquisition que l'acheteur doit retenir au nom du vendeur non résident. Après avoir fait remise de la retenue à l'Internal Revenue Service, au plus tard 20 jours après le transfert, l'acheteur fait rapport au vendeur du montant brut payé et de la retenue versée à l'aide du Formulaire 8288⁶³.

5. AUTRES DÉCLARATIONS

Bien que l'objet de ce texte soit centré sur l'imposition des activités commerciales, voici quelques déclarations additionnelles auxquelles le praticien peut être confronté :

⁵⁹ § 6402(b) I.R.C.; Regs. § 301.6402-3(a)(5).

⁶⁰ § 6513(d) I.R.C.

⁶¹ § 1441 et § 1442 I.R.C.

⁶² § 1441(a) I.R.C.

⁶³ § 1445(a) I.R.C.; Regs. § 1.1445-1(c).

- déclaration de succession ou *Estate Tax Return* : à produire pour tout citoyen ou résident fiscal américain décédant avant le 1^{er} janvier 2010 (après cette date, selon les plans actuels du gouvernement américain, l'impôt successoral sera ramené à 0 %) **si la valeur – non pas la plus-value – de son patrimoine au décès excède le plancher prescrit**⁶⁴. Cette déclaration doit être produite dans un délai de neuf mois suivant le décès du contribuable, à moins d'obtenir une prolongation de ce délai (Formulaire 4768) pour une période maximale de six mois;
- déclaration pour dons ou *Gift Tax Return* : à produire pour tout citoyen ou résident fiscal américain ayant fait donation de plus de 11 000 \$ (montant rajusté annuellement par rapport à l'inflation). Sont exclus les frais de scolarité ou les frais médicaux payés pour une autre personne, les dons à des œuvres de charité et les dons se qualifiant selon la déduction pour dons au mariage ou *gift tax marital deduction*. Cette déclaration doit être produite au 15 avril⁶⁵ suivant la fin d'année dans laquelle le don a été fait, à moins d'obtenir une prolongation automatique de ce délai avec toute demande de prolongation de délai pour produire la déclaration de revenus du même individu. Autrement, la prolongation de délai peut être accordée pour cette déclaration uniquement en produisant une lettre explicative⁶⁶ auprès du *Cincinnati Service Center* de l'Internal Revenue Service, soit l'endroit où doit être produite la déclaration (*Philadelphia Service Center* si hors des États-Unis);
- *Generation-Skipping Transfer Tax Returns* : impôt particulier prélevé sur certains transferts, directs ou par trust (*inter vivos* ou testamentaire), à un bénéficiaire qui suit de plus d'une génération le donateur⁶⁷. Cette déclaration procède de la même manière que le *Gift Tax Return*;
- *Excise Tax Returns* : les personnes assujetties à ces impôts doivent produire un Formulaire 720, « Quarterly Federal Excise Tax Return » auprès du *Cincinnati Service Center*.

⁶⁴ § 6018(a)(1) I.R.C.

⁶⁵ § 6075(b)(1) I.R.C.

⁶⁶ Regs. § 25.6081-1.

⁶⁷ § 2601 et § 2611 I.R.C.

6. PÉNALITÉS

Les pénalités civiles et criminelles sont conçues pour favoriser la conformité au système d'autocotisation et assurer l'intégrité du système fiscal en fournissant des outils à l'Internal Revenue Service pour forcer le respect de la loi. Ces pénalités sont nombreuses et couvrent un champ d'application exhaustif pour éviter la négligence tout autant que pour faire échec aux abus et aux fraudes.

Elles se divisent en deux groupes qui ne sont pas mutuellement exclusifs : les pénalités civiles et les pénalités criminelles. Les premières prennent la forme de coûts qui s'ajoutent aux impôts à payer tandis que les secondes peuvent mener à l'emprisonnement. La section qui suit vous en propose un portrait succinct.

6.1. PÉNALITÉ CIVILE POUR « DÉLINQUANCE » FISCALE

Ces pénalités peuvent être appliquées par l'Internal Revenue Service pour défaut de produire une déclaration prescrite dans les délais impartis ou pour défaut de payer les impôts dus (soit à la production de la déclaration, soit dans un délai de 21 jours⁶⁸ suivant la réception d'une demande spécifique à cet effet)⁶⁹.

Pour défaut de **produire**, la **pénalité représente 5 %** du montant net d'impôt dû⁷⁰ pour chaque mois ou chaque partie de mois pour lequel la déclaration n'est pas produite, au **maximum 25 %**⁷¹ (15 % si frauduleux⁷²,

⁶⁸ 21 jours civils suivant la demande, réduit à 10 jours si le montant réclamé représente 100 000 \$ ou plus.

⁶⁹ § 6651(a)(1), § 6651(a)(2) et § 6651(a)(3) I.R.C.

⁷⁰ Selon la disposition § 6651(b)(1) I.R.C., le montant d'impôt devant apparaître comme dû à la déclaration de revenus, moins les paiements effectués au plus tard à l'échéance (date de l'acompte ou date de paiement du solde) et moins les crédits d'impôt pouvant être réclamés.

⁷¹ § 6651(a)(1) I.R.C.

⁷² Fardeau de la preuve à l'Internal Revenue Service selon la disposition § 7454(a) I.R.C. découlant généralement d'un ou de plusieurs des facteurs ci-après : le contribuable refuse ou est incapable d'expliquer le défaut de produire, la déclaration est incomplète, le contribuable a un historique de retard de production malgré une capacité de payer, le contribuable dissimule des actifs ou des revenus ou a recours à des transactions au comptant, etc.

au maximum 75 %⁷³). Cette pénalité s'applique à toute déclaration – autre qu'informative ou aux paiements des acomptes d'impôt – tant pour l'individu que pour la société, à moins que le contribuable ne puisse démontrer que le défaut de produire découle d'une cause raisonnable et non pas de la simple négligence. De plus, une pénalité équivalente au moindre de 100 \$ ou de l'impôt dû s'applique pour un défaut de produire dans un délai de 60 jours après la date d'échéance prescrite ou prolongée suivant la demande à cet effet. En cas de refus de la prolongation du délai, soulignons que l'Internal Revenue Service accorde généralement un délai de grâce de 10 jours après le refus durant lequel aucune pénalité n'est imposée.

Quant au défaut de **paiement**, la pénalité mensuelle se chiffre à **0,5 % du montant d'impôt** apparaissant à la déclaration de revenus, au **maximum 25 %** (soit 50 mois)⁷⁴. Pour un individu qui produit sa déclaration dans les délais prescrits mais qui omet d'acquitter l'impôt dû, la pénalité se calcule à un taux mensuel de 0,25 % plutôt que de 0,5 % si une entente d'échelonnement de paiement est en vigueur⁷⁵. Fait à noter, cette pénalité se calcule sur le **montant d'impôt à payer apparaissant à la déclaration de revenus, et non pas sur l'impôt réel à acquitter découlant de la cotisation**. Par contre, si ce dernier montant est moindre que celui apparaissant à la déclaration, la pénalité sera établie sur l'impôt réel.

Sur le troisième point mentionné en introduction, soit le défaut de payer à la suite d'une demande expresse à cet effet, une **pénalité additionnelle** à celle pour défaut de paiement sera appliquée, à moins que le défaut ne soit imputable à une cause jugée raisonnable. Cette pénalité additionnelle représente 0,5 % du montant réclamé, par mois de retard, au maximum 25 %⁷⁶. Pour l'individu, le taux sera réduit à 0,25 % si les conditions de réduction pour le défaut de paiement énoncées au paragraphe précédent sont respectées.

À défaut d'acquitter les pénalités, le taux est porté à 1 % à la réception d'un avis de collection.

Quant à la notion de **cause raisonnable** permettant au contribuable d'éviter l'application des pénalités, le fardeau de la preuve incombe à ce

⁷³ § 6651(f) I.R.C.

⁷⁴ § 6651(a)(2) I.R.C.

⁷⁵ § 6651(h) I.R.C.

⁷⁶ § 6651(a)(3) I.R.C.

dernier afin qu'il démontre avoir agi avec diligence dans la production de sa déclaration mais être incapable d'acquitter l'obligation fiscale en découlant ou en être capable mais au risque de se trouver, ce faisant, en situation économiquement précaire⁷⁷.

Le *Internal Revenue Manual* propose une liste des motifs raisonnables acceptables⁷⁸. S'ajoute la jurisprudence qui cite certaines circonstances atténuantes :

- mandater un professionnel lorsque le contribuable est inapte pour cause d'infirmité, de sénilité, d'incompétence ou de retard mental⁷⁹;
- confirmation reçue d'un professionnel qu'aucune déclaration n'est requise⁸⁰;
- le contribuable croit de bonne foi qu'aucune déclaration n'est requise⁸¹ (si la prétention est qu'aucun impôt n'est dû pour justifier le défaut de produire, les tribunaux rejettent cette défense comme cause raisonnable⁸²);
- décès, maladie grave ou absence prolongée forcée du contribuable;
- incendie, désastre naturel, etc.

Certaines présomptions existent quant à cette cause raisonnable, entre autres, lorsqu'une demande de prolongation de délai est accordée à un individu pour produire sa déclaration de revenus 1040 et que le solde d'impôt à payer est inférieur à 10 % de l'impôt payable et remis avec la

⁷⁷ § 301.6651-1(c)(1) I.R.C.

⁷⁸ Voir IRS Policy Statement P-2-7 (12-29-70), at IRM 1.2.1.3.3.

⁷⁹ *United States v. Boyle*, 469 U.S. 241 (1985) (ci-après « *Boyle* »); *Brown v. United States*, 630 F. Supp. 57 (M.D. Tenn. 1985).

⁸⁰ *Boyle*, précité, note 79; *Paxton Est. v. Comr.*, 86 T.C. 785 (1986).

⁸¹ *LFAM Corp. v. United States*, 99-1 U.S.T.C. ¶50,223 (Fed. Cl. 1999) (ci-après « *LFAM Corp.* »); *Diaz v. United States*, 90-1 U.S.T.C. ¶50,209 (C.D. Cal. 1990).

⁸² *Jackson v. Comr.*, 864 F.2d 1521 (10th Cir. 1989); *Ballard v. Comr.*, 854 F.2d 185 (7th Cir. 1988); *LFAM Corp.*, précité, note 81; *Cox Est. v. United States*, 637 F. Supp. 1112 (S.D. Fla. 1986); *Burling Est. v. Comr.*, T.C. Memo 1985-610.

déclaration. De façon similaire, l'Internal Revenue Service présume qu'il y a cause raisonnable pour une société ayant requis un délai de prolongation si :

- un montant équivalent au premier acompte provisionnel est acquitté au plus tard à la date d'échéance statutaire de la déclaration;
- un second acompte est acquitté au plus tard trois mois après cette date;
- l'impôt payable apparaissant à la Déclaration 7004 représente au moins 90 % de l'impôt payable à la Déclaration 1120;
- l'impôt à payer à la Déclaration 1120 est acquitté en totalité au plus tard à l'échéance du délai prolongé.

6.2. PÉNALITÉ CIVILE POUR NÉGLIGENCE

Ce type de pénalité vise les situations de négligence, les déclarations de revenus présentant des informations substantiellement inférieures à la réalité, les erreurs sévères dans l'évaluation de l'impôt payable, etc. Autrement dit, il implique une dissipation ou une omission volontaire du contribuable de divulguer une information complète et exacte pour déterminer selon les règles prescrites le revenu imposable et l'impôt payable sur ce revenu.

Dans l'éventualité où une telle situation survient, une **pénalité de 20 %** est imposée sur le montant de sous-évaluation de l'impôt payable⁸³. Par contre, si la pénalité pour fraude est également exigée, la pénalité de négligence ne s'appliquera qu'à la portion de sous-évaluation de l'impôt payable qui n'est pas visée par la pénalité pour fraude⁸⁴.

À titre illustratif, prenons l'exemple suivant : un contribuable produit selon les délais prescrits une déclaration de revenus dans laquelle il indique un impôt payable de 10 000 \$ qui, une fois revue et cotisée, représente plutôt un passif fiscal de 15 000 \$. Cet écart provient de l'omission du contribuable de divulguer un revenu représentant 4 000 \$ d'impôt additionnel, d'où négligence, et d'un 1 000 \$ d'impôt additionnel non imputable à la négligence. La pénalité pour négligence représente donc 20 % du montant de 4 000 \$, ou 800 \$.

⁸³ § 6662(a) et § 6662(b)(1) I.R.C.

⁸⁴ § 6662(b) I.R.C.; Regs. § 1.6662-2(a)(3).

De façon générale, sera considéré comme **négligence** le fait de ne pas reporter correctement à la déclaration de revenus un élément provenant d'une déclaration d'information⁸⁵ (relevé fiscal ou autres). L'Internal Revenue Service a le fardeau de la preuve et fonde généralement ses prétentions sur la présomption d'exactitude qui doit prévaloir dans la préparation des déclarations de revenus. Pour ce faire, la cotisation présentera le détail des faits que l'Internal Revenue Service retient comme non rapportés adéquatement à la déclaration. Si la cotisation ne fait pas état de ces faits, la présomption d'exactitude ne sera pas réfutée et la contestation de la pénalité par le contribuable sur la base de faits démontrant qu'il n'y a pas eu négligence permettra de faire tomber la pénalité.

De plus, aux yeux de l'Internal Revenue Service⁸⁶ le **terme « négligence » inclut** tout défaut du contribuable d'entreprendre des démarches raisonnables pour se conformer aux règles de l'*Internal Revenue Code* et d'utiliser des soins raisonnables dans la préparation de sa déclaration de revenus. La négligence vise également les manquements à conserver des registres et des documents justificatifs adéquats pour supporter les informations transmises à la déclaration de revenus. À cela s'ajoute les omissions et les dissimulations de faits, même non intentionnelles si le résultat entraîne une sous-évaluation importante de l'impôt payable.

6.3. PÉNALITÉ CIVILE POUR FRAUDE

Ce type de pénalité vise les situations de fraude, soit un **acte intentionnel du contribuable visant l'évasion fiscale**⁸⁷ – à différencier de la simple négligence décrite précédemment. Pour que cette pénalité trouve application, il doit y avoir sous-évaluation de l'impôt payable. Autrement, une déclaration mensongère qui ne présente pas de sous-évaluation ne pourra donner lieu à une pénalité pour fraude. Le fardeau de la preuve repose ici sur l'Internal Revenue Service.

Par ailleurs, en situation de déclaration d'individus mariés produisant conjointement, cette pénalité ne **s'applique qu'au conjoint ayant commis la fraude**⁸⁸. De plus, si la pénalité pour défaut de produire est exigée, aucune

⁸⁵ Regs. § 1.6662-3(b)(1)(i).

⁸⁶ § 1.6662-3 I.R.C.

⁸⁷ À titre d'exemple.

⁸⁸ § 6663(c) I.R.C.; pre-1990 § 6653(b)(3).

pénalité de fraude ne peut s'appliquer, car elle présuppose la production d'une déclaration de revenus⁸⁹.

Dans l'éventualité où une situation de fraude survient, une pénalité de 75 % est imposée sur le montant de sous-évaluation de l'impôt payable⁹⁰. Par contre, si la pénalité pour négligence est également exigée, la pénalité pour fraude ne s'appliquera qu'à la portion de sous-évaluation de l'impôt payable qui n'est pas visée par la pénalité pour négligence⁹¹.

Parmi les indices de fraude, l'Internal Revenue Service clarifie que le simple fait d'omettre de produire n'emporte pas fraude automatiquement, bien qu'il puisse s'agir d'un indicateur. De même, afin de prouver que les dépenses et les revenus rapportés sont sous-évalués, l'Internal Revenue Service ne peut se rabattre sur des présomptions et doit documenter par des preuves les prétentions de fraude. Enfin, quant à la tenue de livres, le défaut délibéré de maintenir des preuves et des livres adéquats est un indicateur de fraude. Il en va de même pour le recours à des entités factices, des comptes bancaires ouverts sous des noms fictifs ou des comptes secrets, la dissimulation d'information, etc.

6.4. PÉNALITÉ CIVILE POUR DÉFAUT DE REMETTRE L'IMPÔT

Plusieurs impôts distincts doivent être perçus et remis périodiquement aux institutions adéquates, surtout par les sociétés qui emploient des travailleurs américains. Des pénalités s'appliquent pour le contribuable qui omet d'effectuer la remise selon la méthode ou les délais prescrits⁹². Le montant de la pénalité s'établit selon le nombre de jours de retard, comme suit :

- 2 % pour un dépôt versé avec un retard de 1 à 5 jours;
- 5 % pour un dépôt versé avec un retard de 6 à 15 jours;
- 10 % pour un dépôt versé avec un retard de plus de 15 jours, payé dans un délai de 10 jours suivant la réception d'un avis à cet effet;

⁸⁹ § 6664(b) I.R.C.

⁹⁰ § 6663(a) I.R.C.; pre-1990 § 6653(b)(1).

⁹¹ § 6662(b) I.R.C.; Regs. § 1.6662-2(a)(3).

⁹² § 6656(a) I.R.C.

- 15 % (c'est-à-dire un supplément de 5 % à la pénalité de 10 %) pour tout impôt impayé dans un délai de 10 jours suivant la réception de l'avis de défaut⁹³.

Ces pénalités prévalent sur les impôts à remettre à l'aide des formulaires suivants :

- Formulaire 720, « Quarterly Federal Excise Tax Return »;
- Formulaire 940, « Employer's Annual Federal Unemployment (FUTA) Tax Return »;
- Formulaire 941, « Employer's Quarterly Federal Tax Return »;
- Formulaire 943, « Employer's Annual Tax Return of Agricultural Employees »;
- Formulaire 945, « Annual Return of Withheld Federal Income Tax »;
- Formulaire 1042, « Annual Withholding Tax Return for U.S. Source Income of Foreign Persons »; et
- Formulaire CT-1, « Employer's Annual Railroad Retirement and Unemployment Repayment Tax Return ».

Quant à la procédure à respecter pour effectuer ces remises, elle doit être respectée à la lettre sous peine de rejet du paiement ou de pénalité, car seuls les paiements reçus selon la forme prescrite seront reconnus comme étant reçus par l'Internal Revenue Service.

Sommairement, un contribuable doit effectuer la remise auprès d'un agent dépositaire du gouvernement avant l'échéance prescrite, accompagnant le dépôt d'un formulaire de remise spécifique (le Formulaire 8109, « Federal Tax Deposit Coupon »). Les fonds sont transférés au Trésor américain par l'agent, au plus tard le lendemain du dépôt⁹⁴. Selon le volume ou la valeur

⁹³ § 6656(b)(1) I.R.C.

⁹⁴ Regs. § 31.6302-1(h).

des paiements à traiter par le contribuable, il existe également des services électroniques (*Electronic Federal Tax Payment System* ou EFTPS)⁹⁵.

6.5. AUTRES PÉNALITÉS À CONSIDÉRER

Bien que ce texte ne fasse pas l'objet d'une couverture détaillée des pénalités applicables et des procédures à suivre pour se conformer aux obligations ou encore s'opposer aux cotisations, voici quelques pénalités additionnelles dans la panoplie d'incitatifs à produire dont s'est dotée l'Internal Revenue Service :

- pénalité pour sous-évaluation ou évaluation erronée d'un bien : 20 % à 40 % de l'impôt impayé découlant de l'évaluation erronée⁹⁶;
- pénalité pour détermination d'un prix de transfert erroné : 20 % à 40 % de l'impôt impayé découlant du prix de transfert erroné⁹⁷ – contrairement au Canada où la pénalité s'établit sur le montant d'ajustement, sans égard à l'impôt à payer découlant de cet ajustement;
- pénalité pour surévaluation des contributions au fonds de pension : 20 % à 40 % de l'impôt impayé découlant de la surévaluation de ce passif;
- pénalité pour sous-évaluation du patrimoine pour le calcul des droits successoraux : 20 % à 40 %; la notion de sous-évaluation donnant ouverture à l'application de ces pénalités exige un écart représentant le plus élevé des seuils suivants⁹⁸ : 10 % de l'impôt payable selon une évaluation raisonnable ou 5 000 \$ (10 000 \$ pour une société).
- pénalité pour défaut de produire la déclaration ou pour défaut de produire une déclaration complète et exacte⁹⁹ : le montant de la pénalité varie selon le délai requis pour se conformer et produire la déclaration, soit

⁹⁵ § 6302(h) I.R.C.; Regs. § 31.6302-1(h).

⁹⁶ § 6662(a), § 6662(b) et § 6662(h) I.R.C.

⁹⁷ § 6662(e)(1)(B) I.R.C.

⁹⁸ § 6662(d)(1)(A)(i), § 6662(d)(1)(A)(ii) et § 6662(d)(1)(B) I.R.C.

⁹⁹ § 6721 I.R.C.

15 \$ à 75 000 \$¹⁰⁰ par année si le contribuable produit une déclaration en bonne et due forme après l'échéance dans un délai de 30 jours, soit 30 \$ à 150 000 \$ par année si le contribuable produit une déclaration en bonne et due forme après l'échéance et après un délai de 30 jours mais au plus tard le 1^{er} août, soit 50 \$ à 250 000 \$ par année si le contribuable produit une déclaration en bonne et due forme après l'échéance et après le 1^{er} août¹⁰¹. Cette pénalité s'applique à certaines déclarations spécifiques;

- pénalité pour paiement de l'impôt à l'aide d'un chèque sans provision¹⁰² : 2 % du montant du chèque s'il est supérieur à 750 \$, 15 \$ autrement, payable par l'émetteur du chèque;
- pénalité pour procédures judiciaires visant à retarder la cotisation ou établies sur des bases frivoles : montant de 0 \$ à 25 000 \$ ordonné par la Cour américaine de l'impôt¹⁰³, à quoi s'ajoute la possibilité pour la Cour d'exiger que les frais de justice et d'avocats soient payés par l'avocat représentant le contribuable¹⁰⁴. Quant aux autres cours de justice, les pénalités qu'elles peuvent imposer sont plafonnées à 10 000 \$;
- pénalité à l'employé pour production d'un Certificat W-4 erroné auprès de l'employeur (détaillant les exemptions de base et le statut de production d'un individu) : 500 \$¹⁰⁵;
- pénalité à l'employeur pour défaut de remettre un relevé d'emploi W-2 à son employé ou encore de lui remettre un tel relevé comportant des omissions volontaires et ne reflétant pas exactement les sommes versées et perçues par l'employeur : 500 \$¹⁰⁶;

¹⁰⁰ Maximum fixé à 25 000 \$ plutôt qu'à 75 000 \$, 50 000 \$ au lieu de 150 000 \$ et 100 000 \$ plutôt que 250 000 \$ pour une petite société (définie comme ayant un chiffre d'affaires inférieur à 5 M\$ pour les trois plus récents exercices).

¹⁰¹ § 6721(a), § 6721(b) I.R.C.; Regs. § 301.6721-1(b)(1), Regs. § 301.6721-1(b)(2) et Regs. § 301.6721-1(b)(3).

¹⁰² § 6657 I.R.C.

¹⁰³ § 6673(a)(1) I.R.C. Voir à titre d'exemple la cause *Takaba v. Comr.*, 119 T.C. No. 18 (2002) où une pénalité de 15 000 \$ a été imposée au contribuable.

¹⁰⁴ § 6673(a)(2) I.R.C.

¹⁰⁵ § 6682 I.R.C.

¹⁰⁶ § 6051 et § 6053(b) I.R.C.

- pénalités liées à des **fraudes fiscales criminelles** : système de pénalités établi selon un barème de 43 niveaux d'offense dans six catégories de crimes distinctes, à des taux variant de 100 000 \$ à 500 000 \$ ou davantage par une perception fondée sur un pourcentage de l'impôt en cause.

6.6. PÉNALITÉS AU PRÉPARATEUR DES DÉCLARATIONS

Voici les pénalités qu'il importe sans aucun doute aux praticiens de bien connaître :

- pénalité pour **défaut de remettre au contribuable une copie de ses déclarations** : le préparateur de la déclaration a l'obligation d'en remettre une copie (papier ou électronique¹⁰⁷) au contribuable au plus tard au moment de la signature de la déclaration originale à transmettre aux autorités fiscales¹⁰⁸. Le préparateur est passible d'une pénalité de 50 \$ pour chaque défaut, jusqu'à un maximum de 25 000 \$ par année civile, à moins que le défaut ne soit imputable à des causes raisonnables et non à de la négligence¹⁰⁹;
- pénalité au préparateur pour **défaut de signer** les déclarations préparées dans l'espace réservé à cet effet¹¹⁰ : 50 \$ par omission, jusqu'à un maximum de 25 000 \$ par année civile, à moins que le défaut ne soit imputable à des causes raisonnables et non à de la négligence;
- pénalité pour **défaut de transmettre le numéro d'identification** du préparateur et de son employeur, le cas échéant : 50 \$ par omission, pour un maximum annuel de 25 000 \$, à moins que le défaut ne soit imputable à des causes raisonnables et non à de la négligence;
- pénalité pour **défaut de conserver une copie** des déclarations préparées pour au moins trois ans après l'échéance des déclarations¹¹¹ : 50 \$ pour

¹⁰⁷ Regs. § 1.6107-2 (T.D. 9119, 69 Fed. Reg. 15248, 25 mars 2004), applicable pour les déclarations présentées aux contribuables pour signature après le 31 décembre 2002.

¹⁰⁸ § 6107(a) I.R.C.

¹⁰⁹ § 6695(a) I.R.C.

¹¹⁰ Si plus d'un préparateur est impliqué, la signature du responsable du dossier ayant la charge d'en assurer l'exactitude est requise selon le Regs. § 1.6695-1(b)(2).

¹¹¹ § 6107(b) I.R.C.; Regs. § 1.6107-1(b).

chaque défaut, jusqu'à un maximum de 25 000 \$ par année civile, à moins que le défaut ne soit imputable à des causes raisonnables et non à de la négligence;

- pénalité pour **défaut de produire** les déclarations informatives requises : tout employeur de préparateurs de déclarations de revenus doit conserver et rendre disponible à l'Internal Revenue Service sur demande une liste identifiant ces préparateurs, leur numéro d'identification et leur lieu d'emploi pour les trois plus récentes années¹¹². Un montant de 50 \$ pour chaque défaut, jusqu'à un maximum annuel de 25 000 \$, à moins que le défaut ne soit imputable à des causes raisonnables et non à de la négligence. La pénalité annuelle est plafonnée à 25 000 \$ **par personne**;
- pénalité pour **encaissement d'un chèque** par le préparateur, émis par l'Internal Revenue Service au contribuable : 500 \$ par chèque¹¹³, sauf si l'encaissement est effectué par une banque pour dépôt au compte du contribuable. Cette pénalité s'applique même si le préparateur endosse ou négocie ce chèque en vertu d'une procuration émise par le contribuable¹¹⁴;
- pénalité pour **divulgaration de l'information** fournie pour la préparation des déclarations à des fins autres que la préparation desdites déclarations : 250 \$ à 10 000 \$ par année civile¹¹⁵. À quoi s'ajoute la possibilité d'une poursuite au civil par le contribuable victime de la divulgation;
- pénalité pour **défaut d'opérer une vérification diligente**¹¹⁶ de l'admissibilité au *earned income credit*¹¹⁷ : 100 \$ par vérification omise.

¹¹² § 6060 I.R.C.; Regs. § 1.6060-1.

¹¹³ § 6695(f) I.R.C.

¹¹⁴ PLR 7824017.

¹¹⁵ § 6713(a)(1) et § 6713(a)(2) I.R.C.

¹¹⁶ Doit remplir un formulaire de contrôle (*Notice* 97-65 ou le Formulaire 8867), joindre une feuille de travail à la déclaration à cet effet, ne pas être informé de données inexactes transmises par le contribuable et, enfin, conserver ces informations pour trois ans après le 30 juin suivant la date de remise des déclarations au contribuable.

¹¹⁷ § 32 I.R.C.

7. INTÉRÊTS

Les intérêts sur les soldes impayés à l'échéance prescrite sont calculés sur une période allant de cette échéance à la date du paiement final. *A contrario*, le calcul s'établit de la même façon lorsque l'Internal Revenue Service doit verser un montant à un contribuable après le délai prescrit pour ce faire. Le taux utilisé pour déterminer l'intérêt à payer varie selon la table de taux prescrits¹¹⁸. Généralement, le taux d'intérêt que paie l'Internal Revenue Service au contribuable correspond au taux à court terme fédéral plus trois points de pourcentage pour les individus (deux points pour les sociétés), tandis que le taux payé par le contribuable à l'Internal Revenue Service s'établit au même taux (auquel s'ajoutent deux points de pourcentage additionnels pour les grandes sociétés).

Dans certains cas particuliers, bien qu'il puisse y avoir un solde d'impôt payable, l'Internal Revenue Service ne percevra pas d'intérêt. Il en va ainsi de l'impôt additionnel à payer découlant d'un remboursement d'impôt étranger demandé en crédit d'impôt étranger : l'intérêt ne peut être perçu qu'à compter de la date de réception du remboursement d'impôt étranger¹¹⁹. La seconde exception vise les militaires et le personnel de support situés dans des zones de combat ou encore les *Presidentially declared disaster or Terroristic or Military Action* (bien qu'un intérêt soit calculé sur les sommes qui leur sont dues par l'Internal Revenue Service). Troisièmement, il est permis à l'Internal Revenue Service d'accepter en paiement final un intérêt nul ou réduit si le paiement de l'intérêt compromet le paiement de la dette fiscale sous-jacente.

Les **intérêts reçus par un contribuable sont imposables** et doivent être rapportés dans le calcul de son revenu imposable de l'année durant laquelle les intérêts lui sont versés (individus) ou sont dus (sociétés produisant sur une base d'exercice). *A contrario*, les intérêts payés par le contribuable sur une dette fiscale ne sont pas déductibles d'impôt.

¹¹⁸ Les taux ont varié d'un sommet de 20 % pour la période du 1^{er} février au 31 décembre 1982 à un plancher de 4 % pour la période du 1^{er} juillet au 30 septembre 2004.

¹¹⁹ § 905(c)(5) I.R.C.

EXPORTATION ET FAIRE AFFAIRE À L'ÉTRANGER



Éric Labelle
Avocat

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

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 16:3

1. NOTION D'ÉTABLISSEMENT STABLE 16:3

2. COMPAGNIE CANADIENNE ASSUJETTIE À L'IMPÔT ÉTRANGER 16:10

3. OPÉRATIONS DIRECTES 16:11

4. OPÉRATIONS PAR LE BIAIS D'UNE FILIALE 16:11

5. RÈGLE DE PRIX DE TRANSFERT 16:13

6. IMPOSITION DES INDIVIDUS 16:14

7. RÉSIDENT CANADIEN : CRÉDIT (DÉDUCTION) POUR EMPLOI À L'ÉTRANGER 16:14

8. ENTENTES DE SÉCURITÉ SOCIALE 16:15

9. CESSATION DE RÉSIDENCE FISCALE..... 16:15

CONCLUSION 16:16

INTRODUCTION

Le présent texte se veut un aide-mémoire qui permet d'identifier les principales considérations à prendre en compte lorsqu'une société canadienne commence à faire affaire à l'étranger. Les principes d'assujettissement aux impôts pour les sociétés et pour les individus seront expliqués de façon générale, ce qui permettra, nous l'espérons, une meilleure compréhension des concepts entourant la fiscalité transfrontalière.

De façon générale, les principes qui seront discutés plus loin s'appliquent quel que soit le pays dans lequel une société ou ses employés se rendront pour l'expansion de l'entreprise canadienne. Évidemment, il faut retenir que chaque cas est un cas d'espèce et donc, dans la mesure où une société a un projet bien précis, il faudra procéder à une analyse détaillée des implications fiscales étrangères.

Lorsqu'une société canadienne entreprend d'exporter des biens ou de rendre des services à l'extérieur du Canada, elle le fait normalement de façon graduelle. Souvent, une entreprise enverra un représentant afin de faire du démarchage sur le territoire étranger, ou encore elle procédera à l'acquisition d'une société située à l'étranger.

Dans tous les cas, une question fondamentale se pose : la compagnie canadienne sera-t-elle assujettie ou non à une imposition à l'étranger? Si la réponse à cette question est affirmative, la société canadienne aura deux choix : faire affaire directement dans le pays par le biais d'une succursale, ou par l'entremise d'une filiale localisée à l'étranger.

1. NOTION D'ÉTABLISSEMENT STABLE

Le Canada a conclu des conventions fiscales avec plus de 80 pays. Dans la plupart des cas, lorsqu'une société canadienne (ci-après « Canco ») fait affaire dans l'un de ces pays, le droit fiscal local ainsi que la convention fiscale feront en sorte que Canco ne sera imposable dans le pays que si elle y maintient un établissement stable.

La notion d'établissement stable est définie dans chacune des conventions fiscales et prévoit divers scénarios. Les scénarios rencontrés le plus souvent sont les suivants :

- Un employé de Canco se rend à l'étranger pour y négocier et y signer des contrats. De ce fait, l'employé engage la compagnie canadienne. Si tel est

le cas, l'employé peut constituer un établissement permanent et Canco sera assujettie à un impôt dans le pays en question.

- Un employé de Canco se rend à l'étranger pour y présenter une liste de produits. Cet employé ne signe aucun contrat, ne négocie pas de transaction et la vente finale est approuvée par les employés de Canco au Canada. Dans ce cas, l'employé qui se rend à l'étranger n'engage pas la responsabilité de Canco et Canco ne sera pas assujettie à un impôt dans le pays étranger puisqu'elle n'y aura pas d'établissement stable.
- Une autre situation peut être celle où Canco a une adresse, un bureau ou un établissement à l'étranger à partir duquel elle rend ses services ou vend ses biens. Dans ce cas, Canco sera probablement assujettie à une imposition à l'étranger.
- Par contre, le simple fait d'entreposer des biens dans le pays étranger et en utilisant soit un entrepôt qui appartient à Canco ou à un tiers ne fait pas en sorte que Canco ait un établissement permanent. Il est donc possible pour une société¹ canadienne d'entreposer des biens à l'étranger, sans pour autant qu'elle y soit imposable.
- En ce qui concerne la prestation de services, les conventions fiscales ne sont pas claires. À cet effet, les autorités étrangères vont normalement tenir pour acquis que le fait de rendre des services de façon continue dans leur pays fait en sorte de constituer un établissement stable. De façon générale, si l'on rend des services à l'étranger pour plus de six mois, il faut s'interroger.

Au Canada, un arrêt récent, l'arrêt *Dudney c. La Reine*², est venu contrecarrer les arguments de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») voulant qu'un individu qui venait rendre des services pour une période prolongée au Canada y avait un établissement stable. Dans cet arrêt, les faits pouvaient se résumer comme suit :

M. Dudney était un citoyen américain qui travaillait au Canada sur une base temporaire. Il a rendu des services pour le compte exclusif d'une seule

¹ Une mise en garde s'applique ici dans le cas des États-Unis. Bien que cette situation ne créerait pas d'imposition fédérale pour Canco, il est bien possible qu'une imposition d'État s'applique.

² [2000] 2 C.T.C. 56 et en appel 2000 D.T.C. 6169 (C.A.F.) (ci-après « *Dudney* »).

société, et ce, pour 300 jours en 1994 et 30 jours en 1995. Il a été traité comme un travailleur autonome et non pas comme un employé.

Les autorités fiscales canadiennes ont cotisé M. Dudney sur la base qu'il rendait ses services à partir d'un établissement stable au Canada. M. Dudney s'est rendu devant les tribunaux et la cour lui a donné raison. La Cour d'appel fédérale a confirmé le jugement.

Les faits suivants sont quand même importants :

M. Dudney offrait ses services de formation dans les locaux de la société canadienne Pan Canadian. Il donnait ses cours dans divers locaux de la compagnie canadienne et il n'avait pas de bureau à lui. M. Dudney n'avait pas d'adresse courriel ni de boîte vocale dans les bureaux de Pan Canadian. M. Dudney avait accès aux locaux de Pan Canadian avec une carte d'accès, mais ses présences étaient limitées aux heures normales de l'entreprise. M. Dudney n'était pas identifié sur la liste des employés à l'entrée de l'édifice. M. Dudney n'avait pas de papier à en-tête ou de numéro de téléphone au Canada. M. Dudney envoyait des factures à partir de sa compagnie aux États-Unis. M. Dudney avait un compte de banque au Canada afin que l'argent puisse payer ses dépenses journalières.

Le tribunal a statué qu'un établissement stable ne peut exister que s'il a un certain degré de permanence et n'est donc pas temporaire. Le tribunal a également fait référence au modèle de la convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE »).

L'élément important dans cet arrêt est que M. Dudney n'avait aucun contrôle sur les locaux dans lesquels il travaillait et que ces locaux n'étaient pas identifiés à son nom. Les autorités fiscales canadiennes ont dû accepter cette cause et elles vont l'appliquer dans la mesure où le non-résident n'exerce pas de contrôle sur l'espace où il travaille.

L'article 5 de la Convention modèle de l'OCDE³ définit un établissement stable comme suit :

³ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Paris, OCDE.

« ÉTABLISSEMENT STABLE

1. Au sens de la présente Convention, l'expression "établissement stable" désigne une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité.
2. L'expression "établissement stable" comprend notamment :
 - a) un siège de direction,
 - b) une succursale,
 - c) un bureau,
 - d) une usine,
 - e) un atelier et
 - f) une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles.
3. Un chantier de construction ou de montage ne constitue un établissement stable que si sa durée dépasse douze mois.
4. Nonobstant les dispositions précédentes du présent article, on considère qu'il n'y a pas "établissement stable" si :
 - a) il est fait usage d'installations aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison de marchandises appartenant à l'entreprise;
 - b) des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison;
 - c) des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de transformation par une autre entreprise;
 - d) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'acheter des marchandises ou de réunir des informations, pour l'entreprise;
 - e) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'exercer, pour l'entreprise, toute autre activité de caractère préparatoire ou auxiliaire;
 - f) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins de l'exercice cumulé d'activités mentionnées aux alinéas a) à e), à

condition que l'activité d'ensemble de l'installation fixe d'affaires résultant de ce cumul garde un caractère préparatoire ou auxiliaire.

5. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, lorsqu'une personne – autre qu'un agent jouissant d'un statut indépendant auquel s'applique le paragraphe 6 – agit pour le compte d'une entreprise et dispose dans un État contractant de pouvoirs qu'elle y exerce habituellement lui permettant de conclure des contrats au nom de l'entreprise, cette entreprise est considérée comme ayant un établissement stable dans cet État pour toutes les activités que cette personne exerce pour l'entreprise, à moins que les activités de cette personne ne soient limitées à celles qui sont mentionnées au paragraphe 4 et qui, si elles étaient exercées par l'intermédiaire d'une installation fixe d'affaires, ne permettraient pas de considérer cette installation comme un établissement stable selon les dispositions de ce paragraphe.

6. Une entreprise n'est pas considérée comme ayant un établissement stable dans un État contractant du seul fait qu'elle y exerce son activité par l'entremise d'un courtier, d'un commissionnaire général ou de tout autre agent jouissant d'un statut indépendant, à condition que ces personnes agissent dans le cadre ordinaire de leur activité.

7. Le fait qu'une société qui est un résident d'un État contractant contrôle ou est contrôlée par une société qui est un résident de l'autre État contractant ou qui y exerce son activité (que ce soit par l'intermédiaire d'un établissement stable ou non) ne suffit pas, en lui-même, à faire de l'une quelconque de ces sociétés un établissement stable de l'autre. »

Les tribunaux canadiens ont récemment reconnu l'importance du modèle de la convention de l'OCDE. En effet, dans l'arrêt *Crown Forest Industries c. Canada*⁴, la Cour suprême a stipulé que ses commentaires étaient un outil important afin d'interpréter les conventions fiscales que le Canada a signées. Or, de nouveaux commentaires se sont insérés dans la convention modèle en 2002 relativement à la prestation de services dans un pays étranger. Certains des commentaires pertinents sont reproduits ci-dessous.

« COMMENTARY ON ARTICLE 5 CONCERNING THE DEFINITION OF
PERMANENT ESTABLISHMENT

1. The main use of the concept of a permanent establishment is to determine the right of a Contracting State to tax the profits of an enterprise of the other Contracting State. Under Article 7 a Contracting State cannot tax the profits of

⁴ [1995] 2 R.C.S. 827.

an enterprise of the other Contracting State unless it carries on its business through a permanent establishment situated therein.

1.1 Before 2000, income from professional services and other activities of an independent character was dealt under a separate Article, i.e. Article 14. The provisions of that Article were similar to those applicable to business profits but it used the concept of fixed base rather than that of permanent establishment since it had originally been thought that the latter concept should be reserved to commercial and industrial activities. The elimination of Article 14 in 2000 reflected the fact that there were no intended differences between the concepts of permanent establishment, as used in Article 7, and fixed base, as used in Article 14, or between how profits were computed and tax was calculated according to which of Article 7 or 14 applied. The elimination of Article 14 therefore meant that the definition of permanent establishment became applicable to what previously constituted a fixed base.

Paragraph 1

2. Paragraph 1 gives a general definition of the term “permanent establishment” which brings out its essential characteristics of a permanent establishment in the sense of the Convention, i.e. a distinct “situs”, a “fixed place of business”. The paragraph defines the term “permanent establishment” as a fixed place of business, through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on. This definition, therefore, contains the following conditions:

- the existence of a “place of business”, i.e. a facility such as premises or, in certain instances, machinery or equipment;
- this place of business must be “fixed”, i.e. it must be established at a distinct place with a certain degree of permanence;
- the carrying on of the business of the enterprise through this fixed place of business.

This means usually that persons who, in one way or another, are dependent on the enterprise (personnel) conduct the business of the enterprise in the State in which the fixed place is situated.

4. The term “place of business” covers any premises, facilities or installations used for carrying on the business of the enterprise whether or not they are used exclusively for that purpose. A place of business may also exist where no premises are available or required for carrying on the business of the enterprise and it simply has a certain amount of space at its disposal. It is immaterial whether the premises, facilities or installations are owned or rented by or are otherwise at the disposal of the enterprise. A place of business may thus be constituted by a pitch in a market place, or by a certain permanently used area in a customs depot (e.g. for the storage of dutiable goods). Again the place of business may be situated in the business facilities of another enterprise. This

may be the case for instance where the foreign enterprise has at its constant disposal certain premises or a part thereof owned by the other enterprise.

4.1 As noted above, the mere fact that an enterprise has a certain amount of space at its disposal which is used for business activities is sufficient to constitute a place of business. No formal legal right to use that place is therefore required. Thus, for instance, a permanent establishment could exist where an enterprise illegally occupied a certain location where it carried on its business.

4.2 Whilst no formal legal right to use a particular place is required for that place to constitute a permanent establishment, the mere presence of an enterprise at a particular location does not necessarily mean that that location is at the disposal of that enterprise. These principles are illustrated by the following examples where representatives of one enterprise are present on the premises of another enterprise. A first example is that of a salesman who regularly visits a major customer to take orders and meets the purchasing director in his office to do so. In that case, the customer's premises are not at the disposal of the enterprise for which the salesman is working and therefore do not constitute a fixed place of business through which the business of that enterprise is carried on (depending on the circumstances, however, paragraph 5 could apply to deem a permanent establishment to exist).

4.3 A second example is that of an employee of a company who, for a long period of time, is allowed to use an office in the headquarters of another company (e.g. a newly acquired subsidiary) in order to ensure that the latter company complies with its obligations under contracts concluded with the former company. In that case, the employee is carrying on activities related to the business of the former company and the office that is at his disposal at the headquarters of the other company will constitute a permanent establishment of his employer, provided that the office is at his disposal for a sufficiently long period of time so as to constitute a "fixed place of business" (see paragraphs 6 to 6.3) and that the activities that are performed there go beyond the activities referred to in paragraph 4 of the Article.

4.4 A third example is that of a road transportation enterprise which would use a delivery dock at a customer's warehouse every day for a number of years for the purpose of delivering goods purchased by that customer. In that case, the presence of the road transportation enterprise at the delivery dock would be so limited that that enterprise could not consider that place as being at its disposal so as to constitute a permanent establishment of that enterprise.

4.5 A fourth example is that of a painter who, for two years, spends three days a week in the large office building of its main client. In that case, the presence of the painter in that office building where he is performing the most important functions of his business (i.e. painting) constitute a permanent establishment of that painter.

4.6 The words "through which" must be given a wide meaning so as to apply to any situation where business activities are carried on at a particular location that is at the disposal of the enterprise for that purpose. Thus, for instance, an

enterprise engaged in paving a road will be considered to be carrying on its business “through” the location where this activity takes place.

5. According to the definition, the place of business has to be a “fixed” one. Thus in the normal way there has to be a link between the place of business and a specific geographical point. It is immaterial how long an enterprise of a Contracting State operates in the other Contracting State if it does not do so at a distinct place, but this does not mean that the equipment constituting the place of business has to be actually fixed to the soil on which it stands. It is enough that the equipment remains on a particular site (but cf. paragraph 20 below).

5.3 By contrast, where there is no commercial coherence, the fact that activities may be carried on within a limited geographic area should not result in that area being considered as a single place of business. For example, where a painter works successively under a series of unrelated contracts for a number of unrelated clients in a large office building so that it cannot be said that there is one single project for repainting the building, the building should not be regarded as a single place of business for the purpose of that work. However, in the different example of a painter who, under a single contract, undertakes work throughout a building for a single client, this constitutes a single project for that painter and the building as a whole can then be regarded as a single place of business for the purpose of that work as it would then constitute a coherent whole commercially and geographically.

6.3 Where a place of business which was, at the outset, designed to be used for such a short period of time that it would not have constituted a permanent establishment but is in fact maintained for such a period that it can no longer be considered as a temporary one, it becomes a fixed place of business and thus . retrospectively a permanent establishment. A place of business can also constitute a permanent establishment from its inception even though it existed, in practice, for a very short period of time, if as a consequence of special circumstances (e.g. death of the taxpayer, investment failure), it was prematurely liquidated.

7. For a place of business to constitute a permanent establishment the enterprise using it must carry on its business wholly or partly through it. As stated in paragraph 3 above, the activity need not be of a productive character. Furthermore, the activity need not be permanent in the sense that there is no interruption of operation, but operations must be carried out on a regular basis. »

À la lumière de ces nouveaux commentaires, il serait intéressant de voir si les tribunaux arriveraient à la même conclusion dans l’arrêt *Dudney*.

2. COMPAGNIE CANADIENNE ASSUJETTIE À L’IMPÔT ÉTRANGER

Dans la mesure où il devient clair que l’entreprise canadienne sera assujettie à un impôt à l’étranger parce qu’elle y a un établissement stable,

alors elle devra décider si elle veut exploiter directement par le biais d'une succursale ou par le biais d'une filiale étrangère.

3. OPÉRATIONS DIRECTES

Si l'entreprise canadienne exploite le marché étranger par le biais d'une succursale, alors cette façon de procéder aura les conséquences suivantes :

- la société canadienne n'aura aucune protection juridique pour ses activités étrangères. À cet effet, tous les actifs de l'entreprise canadienne pourront être à risque dans le cas d'une poursuite éventuelle;
- les revenus générés à l'étranger seront imposés à la fois à l'étranger, comme si l'entreprise canadienne y avait une entreprise distincte, et au Canada. L'impôt payé à l'étranger sera créditable à l'encontre de l'impôt canadien qui devra être payé. Ainsi, par exemple, si l'entreprise paie un impôt de 12,5 % à l'étranger (taux applicable en Irlande) et que le taux d'imposition au Canada est de 34 %, l'impôt payable au Canada sera de 21,5 % ($34 \% - 12,5 \%$).
- dans l'éventualité où les opérations étrangères génèrent des pertes, elles pourront être utilisées à l'encontre des revenus générés au Canada.

4. OPÉRATIONS PAR LE BIAIS D'UNE FILIALE

Le régime d'imposition canadien pour les filiales étrangères est un des régimes les plus avantageux qui soit. En effet, lorsque certaines conditions sont remplies, le dividende payable par la filiale étrangère à sa compagnie mère canadienne n'est pas imposable au Canada. Les deux conditions pour que ce régime s'applique sont les suivantes : dans un premier temps, il faut que l'entreprise exploitée à l'étranger génère du revenu d'entreprise exploitée activement par opposition à du revenu passif tels intérêts, dividendes et royautés et dans un deuxième temps, il faut que la filiale réside dans un pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale.

L'exploitation étrangère par le biais d'une filiale aura pour conséquences :

- une protection légale au niveau des poursuites éventuelles;
- l'imposition des revenus de la filiale au taux applicable à l'étranger (par exemple 12,5 % si elle est en Irlande). Par la suite, il n'y aura aucun

impôt supplémentaire au Canada lors du versement du dividende par la compagnie étrangère au Canada.

Cet exemple démontre clairement l'avantage d'utiliser une filiale plutôt qu'une succursale dans le cas où le taux d'imposition dans le pays étranger est inférieur à celui qui est en vigueur au Canada. En effet, dans l'exemple irlandais, la société canadienne dégage un bénéfice de l'ordre de 21,5 %, soit l'écart entre le taux applicable au Canada et le taux applicable dans le pays étranger. Les fonds ainsi générés par cette économie peuvent être utilisés soit pour financer davantage l'expansion de la société à l'étranger ou pour financer l'expansion canadienne. Cela a pour effet de promouvoir la compétitivité des sociétés canadiennes qui investissent dans les pays avec lesquels le Canada a conclu une convention fiscale.

La politique fiscale canadienne entourant le régime de sociétés étrangères affiliées vise essentiellement les sociétés canadiennes qui désirent investir à l'extérieur du Canada.

Le système favorise donc, de façon générale, les sociétés qui investissent à l'étranger et qui y exercent une entreprise. En effet, dans certains cas, il aide à réduire la charge fiscale du groupe corporatif dans la mesure où l'impôt dans le pays dans lequel l'entreprise est exercée est inférieur à celui qui est en vigueur au Canada.

Les règles canadiennes prévoient de multiples exceptions qui viennent limiter considérablement l'utilisation de structures dites « agressives » qui viendraient réduire l'assiette fiscale canadienne. En effet, les règles de revenu étranger accumulé, tiré de biens (ci-après « RÉATB ») visent à empêcher qu'une société canadienne ne vienne réduire l'assiette fiscale canadienne en incorporant une filiale à l'extérieur du Canada. De façon générale, lorsqu'une entreprise canadienne incorpore une société étrangère, elle ne pourra bénéficier de l'exemption à l'égard du rapatriement du dividende que si la société exerce son entreprise à l'extérieur du Canada. À cet effet, dès qu'une entreprise canadienne déduit un montant à titre de frais de service, de gestion, de recherche ou au profit de sa filiale, ce revenu sera dans plusieurs cas considéré comme du RÉATB et sera imposé au Canada, de sorte que les bénéfices escomptés seraient annulés.

Au fil des ans, le ministère des Finances s'est penché sur la question des règles concernant les sociétés étrangères affiliées contrôlées. Le *Rapport*

Carter⁵ en a traité abondamment ainsi que ce que l'on a appelé *Le livre blanc*⁶. Dans ce rapport, les auteurs se sont penchés sur la question entourant le mécanisme d'exonération lors du paiement d'un dividende d'une société étrangère affiliée située dans un pays avec lequel le Canada a une convention fiscale par opposition à un système où un crédit d'impôt est accordé.

Dans leur proposition, les auteurs ont conclu que le mécanisme qui permet d'exempter l'impôt sur la réception d'un dividende devait être retenu et devait être restreint aux revenus d'entreprises exploitées activement dans un pays avec lequel le Canada a une convention fiscale. Cela avait comme objectif d'accroître la compétitivité des entreprises canadiennes.

Le système d'exonération fait en sorte qu'il y a une économie permanente ainsi qu'un report effectif de l'impôt. En effet, un impôt est ultimement payé lorsqu'un dividende est payé entre les mains d'un individu. Le système permet donc de différer dans le temps l'imposition jusqu'à ce qu'un dividende soit versé entre les mains de ses actionnaires qui seraient des individus.

5. RÈGLE DE PRIX DE TRANSFERT

Dans la mesure où il y a des transactions entre la société canadienne et sa société étrangère, alors il y a application des règles de prix de transfert. Donc, si la société canadienne rend des services pour le compte de sa filiale à l'étranger ou si la vente des biens s'effectue de la société canadienne à la société étrangère pour ensuite être revendus sur les marchés étrangers par la société étrangère, le prix de vente entre la société canadienne et la société étrangère doit correspondre au prix qui aurait normalement été en vigueur entre des personnes non liées (un tiers). Si tel n'est pas le cas, alors les autorités fiscales, soit canadiennes ou étrangères, pourront rajuster le prix chargé entre les deux entités.

À cet égard, il est primordial de documenter les prix de transfert de façon à confirmer et à justifier le prix de vente entre les deux sociétés. La préparation de la documentation aura aussi comme conséquence d'empêcher les autorités fiscales canadiennes d'imposer des pénalités s'il y avait un rajustement de prix de transfert.

⁵ CANADA, *Rapport de la Commission royale sur la taxation*, vol. 1, 1966.

⁶ CANADA, ministère des Finances, *Le livre blanc*, Réforme fiscale 1987, 18 juin 1987.

La documentation de prix de transfert consiste à faire une analyse qui va démontrer à l'aide de comparables que le prix fixé entre la compagnie canadienne et sa filiale est un prix qui aurait été en vigueur entre deux parties non liées.

6. IMPOSITION DES INDIVIDUS

Lorsqu'une société canadienne envoie des employés travailler à l'étranger, ces derniers pourront, dans certains cas, être assujettis à une imposition à l'étranger s'ils séjournent à l'étranger pour une certaine période donnée.

En vertu de la plupart des conventions qu'a signées le Canada, si l'employé d'une société canadienne doit travailler à l'étranger pour moins de 183 jours et est rémunéré par la compagnie canadienne, alors ce dernier ne sera pas assujéti à une imposition étrangère. Cependant, dans la mesure où cet individu séjourne à l'étranger pendant plus de 183 jours dans une année, il sera redevable d'un impôt à l'étranger. De même, s'il est rémunéré à partir du pays étranger, il sera assujéti à un impôt dans ce pays indépendamment du nombre de jours passés là-bas.

Par ailleurs, dans la mesure où l'employé ne cesse pas, aux fins fiscales, de résider au Canada, alors il sera imposable à la fois à l'étranger et au Canada. À cet égard, l'employé aura droit à un crédit d'impôt étranger pour les impôts payés à l'étranger lors de la préparation de sa déclaration de revenus canadienne, de sorte que l'impôt total sera normalement égal au plus haut des deux taux d'imposition applicables.

Par exemple, si un individu paie des impôts à un taux de 35 % à l'étranger et s'il était, par ailleurs, assujéti à un impôt canadien (fédéral et provincial) à un taux de 50 %, le crédit disponible au Canada serait limité à 35 % et l'individu paierait la différence, soit 15 %, au Canada.

7. RÉSIDENT CANADIEN : CRÉDIT (DÉDUCTION) POUR EMPLOI À L'ÉTRANGER

Il existe une mesure fiscale très avantageuse pour les employés qui demeurent résidents du Canada. Le Québec accorde une déduction pour emploi à l'étranger qui pourrait avoir l'effet de soustraire totalement à l'impôt du Québec le salaire gagné par les employés pendant qu'ils sont à l'étranger dans la mesure où leur travail consiste, entre autres, à « obtenir » ou à « implanter » un système informatique ou de bureautique ou une activité de construction, d'installation ou d'ingénierie. La gestion et

l'administration d'une telle entreprise sont également visées par cette déduction.

L'effet de ces règles est d'exonérer, sous certaines conditions, la rémunération reçue par un particulier dans le cadre de son emploi à l'étranger en proportion du nombre de mois consécutifs travaillés à l'étranger. Pour avoir droit à une telle déduction, les fonctions que le particulier occupe à l'étranger doivent être reliées à un contrat en vertu duquel l'employeur exploite hors du Canada une entreprise admissible. Les autorités fiscales stipulent que la question d'établir si une société exploite une entreprise visée hors du Canada est une question de fait qui doit être établie à la lumière de chaque situation d'espèce.

Il existe également un crédit d'impôt fédéral pour emploi à l'étranger. Cependant, ce crédit s'applique pour des projets de construction et d'installation mais non pour les systèmes informatiques ou bureautiques. Ce crédit s'applique pour les travailleurs qui quittent le Canada pour plus de six mois consécutifs. Le crédit maximum accordé est de 80 000 \$.

8. ENTENTES DE SÉCURITÉ SOCIALE

Dans la mesure où un employé canadien devient imposable dans un pays étranger, il sera normalement assujéti aux charges sociales de ce pays. Or, dans bien des cas, notamment dans les pays européens, ces charges sociales représentent un coût beaucoup plus élevé à la fois pour l'employeur et l'employé (jusqu'à 50 % du salaire) comparativement aux charges sociales qui existent au Canada et au Québec.

À cet égard, le Canada ainsi que le Québec ont conclu différentes ententes de sécurité sociale avec divers pays. Ces ententes ont pour effet de permettre à un résident canadien ou à un ancien résident canadien, lorsque certaines conditions sont remplies, de continuer à contribuer aux charges sociales québécoises et canadiennes plutôt qu'à celles du pays étranger. Le fait pour un employé ou une entreprise de se prévaloir de telles ententes peut faire économiser beaucoup d'argent à la fois à l'entreprise et à l'employé. Cet élément doit donc être analysé chaque fois qu'un employé est détaché à l'étranger.

9. CESSATION DE RÉSIDENCE FISCALE

Tel qu'il a été démontré précédemment, dans la mesure où un résident canadien devient imposable à l'étranger, il paiera à la fois des impôts à l'étranger et au Canada. Cependant, dans certains cas, le fait de cesser de

résider au Canada aux fins fiscales peut faire économiser des impôts à cet individu.

Plusieurs conditions doivent être remplies pour être traité comme non résident du Canada. De façon générale, il faut que l'employé quitte avec ses enfants mineurs et son conjoint et, dans la mesure du possible, qu'il se défasse ou loue à long terme la résidence qu'il habitait au Canada.

Un élément très important à considérer lorsqu'un employé cesse de résider au Canada aux fins fiscales est l'impôt au départ.

Ces règles ont pour effet de présumer une disposition de tous les actifs du résident canadien, sauf ses REÉR, ses fonds de pension ainsi que les biens immeubles situés au Canada (d'autres exclusions sont également prévues).

À titre d'exemple, si un individu possède des actions d'une compagnie qui ont une juste valeur marchande de 1 M\$ et que le coût n'est que de 1 \$, il y aura un gain en capital présumé de 1 M\$, soit un impôt de 250 000 \$ à payer lors de la cessation fiscale canadienne.

Un mécanisme est prévu afin que le résident n'ait pas à payer immédiatement son impôt. À cet effet, il peut offrir en garantie une lettre bancaire ou encore l'actif sur lequel l'impôt est dû. Enfin, il faut noter que cet impôt peut être réduit ou annulé dans certains cas dans la mesure où l'individu redevient résident aux fins fiscales du Canada.

CONCLUSION

Voilà donc certains des éléments qui doivent être pris en compte lorsqu'une entreprise canadienne désire faire affaire à l'étranger.

Il faut retenir cependant que chaque cas représente un cas d'espèce et en ce sens, lorsqu'une société canadienne sait exactement dans quel pays elle veut vendre des biens ou rendre des services, il faut adapter la structure en conséquence. De même, il est possible qu'une société qui désire faire affaire dans un pays donné puisse incorporer une société dans un autre pays X et ainsi bénéficier du système canadien et réduire considérablement la facture d'impôt du groupe. À cet effet, une planification adéquate permet donc à l'entreprise non seulement de se conformer aux règles fiscales locales mais en plus de dégager dans bien des cas des économies d'impôt substantielles à la fois pour la société et pour les individus qu'elle détache à l'étranger.

LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL : QU'EN EST-IL EXACTEMENT?

LE POINT SUR LES RELATIONS FINANCIÈRES INTERGOUVERNEMENTALES DANS LA FÉDÉRATION CANADIENNE



Luc Godbout

Professeur

Chaire en fiscalité et en finances
publiques de l'Université de Sherbrooke

TABLE DES MATIÈRES

MISE EN CONTEXTE	17:3
1. QU'EST-CE QUE LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL?	17:5
1.1. DÉFINIR LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL	17:5
1.1.1. Les postulats nécessaires à l'équilibre fiscal	17:5
1.1.2. Les causes menant au déséquilibre fiscal	17:7
1.1.3. La distinction entre un déséquilibre fiscal et un déficit budgétaire	17:8
1.2. ÉVOLUTION DES FINANCES PUBLIQUES CANADIENNES	17:13
1.2.1. Les équilibres budgétaires au Canada	17:13
1.2.2. Les équilibres budgétaires au Québec	17:15
2. D'OÙ PROVIENDRAIT LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL?	17:18
2.1. UN DÉSÉQUILIBRE DE NATURE JURIDIQUE ET POLITIQUE?	17:19

2.1.1.	Les principes du fédéralisme fiscal.....	17:19
2.1.2.	L'accès aux sources de recettes	17:23
2.1.3.	L'évolution des relations financières intergouvernementales	17:25
2.1.4.	Le respect des champs de compétence	17:36
2.1.5.	Le pouvoir fédéral de dépenser.....	17:37
2.2.	UN DÉSÉQUILIBRE DE NATURE BUDGÉTAIRE?	17:42
2.2.1.	La dynamique des dépenses.....	17:44
2.2.2.	L'occupation des champs fiscaux	17:48
2.2.3.	La dépendance aux transferts fédéraux.....	17:50
3.	LA RECONNAISSANCE DU DÉSÉQUILIBRE FISCAL : LES ARGUMENTS UTILISÉS POUR L'ILLUSTRER OU POUR NIER SON EXISTENCE.....	17:54
3.1.	LE CONTRÔLE DES DÉPENSES PUBLIQUES	17:56
3.1.1.	L'évolution des dépenses fédérales	17:56
3.1.2.	L'évolution des dépenses des provinces.....	17:58
3.2.	LA PRÉSENCE DE SURPLUS BUDGÉTAIRES.....	17:60
3.2.1.	La répartition des surplus.....	17:61
3.2.2.	L'ampleur des surplus.....	17:62
3.3.	LE POIDS DE LA DETTE.....	17:63
3.3.1.	La répartition de la dette	17:64
3.3.2.	Le service de la dette.....	17:65
3.4.	LA VALEUR DES TRANSFERTS FINANCIERS AUX PROVINCES.....	17:67
3.4.1.	L'évolution des transferts fédéraux	17:67
3.4.2.	La prévisibilité des transferts fédéraux	17:69
3.5.	LE PRÉLÈVEMENT DES IMPÔTS.....	17:72
3.5.1.	L'autonomie fiscale des provinces	17:73
3.5.2.	Les réductions d'impôt	17:75
4.	COMMENT RÉSOUDRE LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL?.....	17:78
4.1.	L'ÉTABLISSEMENT DE PRINCIPES ENCADRANT LES RELATIONS FINANCIÈRES INTERGOUVERNEMENTALES	17:79
4.2.	UNE AUGMENTATION DES TRANSFERTS FINANCIERS EN ESPÈCES	17:81
4.2.1.	À l'égard du TCSPS.....	17:82
4.2.2.	À l'égard de la péréquation.....	17:83
4.3.	UN TRANSFERT D'ESPACE FISCAL.....	17:84
4.3.1.	Un transfert d'espace fiscal à l'impôt sur le revenu	17:85
4.3.2.	Un transfert d'espace fiscal à l'impôt des sociétés	17:86
4.3.3.	Un transfert d'espace fiscal à la TPS.....	17:86
	CONCLUSION	17:87

MISE EN CONTEXTE¹

En 2001, lorsque le premier ministre Bernard Landry a annoncé la création de la Commission sur le déséquilibre fiscal², présidée par Yves Séguin, plusieurs se sont montrés sceptiques voyant là une « astuce » pour relancer le débat sur l'avenir du Québec. Rapidement, la Commission a su baliser le débat à l'intérieur du cadre constitutionnel et faire émerger un large consensus. En effet, à quelques reprises, l'Assemblée nationale a adopté à l'unanimité des motions portant sur le déséquilibre fiscal³. En outre, le gouvernement du Québec a même réussi à obtenir l'appui des premiers ministres des autres provinces alors que quatre des cinq principaux partis politiques fédéraux ont également reconnu l'existence d'un déséquilibre fiscal. Seuls les libéraux fédéraux ont toujours refusé d'admettre la présence d'un tel déséquilibre, même s'ils reconnaissent que les provinces subissent des pressions financières réelles. Lors de la dernière campagne électorale fédérale, le premier ministre Paul Martin s'est engagé auprès des premiers ministres provinciaux à tenir, avant le prochain budget, une rencontre à ce sujet. Cette rencontre a eu lieu le 26 octobre 2004 à Ottawa.

La notion de déséquilibre fiscal repose sur l'idée qu'il existerait une mauvaise répartition des ressources financières entre le gouvernement fédéral et les provinces au sein de la fédération canadienne. Une partie du déséquilibre fiscal aurait pris naissance dans les difficultés de limiter la croissance de certaines dépenses de juridiction provinciale pendant que les

¹ L'auteur remercie chaleureusement Sébastien Raymond pour son précieux travail réalisé dans le cadre d'un stage de recherche à la Chaire en fiscalité et en finances publiques. Son analyse documentaire ainsi que ses notes sur les aspects juridiques de la problématique ont grandement facilité la rédaction de ce texte. L'auteur tient également à exprimer sa profonde reconnaissance à Gilles Larin, Jean-Claude Lefebvre et Robert Morin pour leurs observations utiles lors de la relecture. Bien entendu, les opinions qui y sont exprimées n'engagent que l'auteur, qui assume l'entière responsabilité des commentaires et des interprétations figurant dans la présente étude.

² Le mandat de cette Commission était d'identifier et d'analyser les causes fondamentales du déséquilibre fiscal entre le gouvernement fédéral et le Québec, leurs conséquences pratiques et de proposer des solutions concrètes à mettre de l'avant afin de le corriger.

³ La dernière motion de l'Assemblée nationale a été adoptée à l'unanimité le 17 mars 2004. Elle se lisait comme suit : « Que l'Assemblée nationale exige du gouvernement fédéral qu'il reconnaisse l'existence du déséquilibre fiscal et qu'il adopte dès le 23 mars 2004 des mesures budgétaires pour en contrer les effets sur les finances publiques des provinces ».

transferts fédéraux subissaient des compressions ou augmentaient à un rythme inférieur aux charges qu'ils étaient censés combler.

En conséquence, la croissance soutenue des dépenses à l'égard de la santé et la valeur des transferts fédéraux à ce titre sont intimement liées au déséquilibre fiscal. Dans ce contexte, il est clair que l'entente sur la contribution fédérale au financement de la santé survenue le 15 septembre dernier aura un impact positif sur l'équilibre fiscal des provinces⁴.

Le déséquilibre fiscal constitue-t-il un débat nouveau? Non. Peu importe l'expression choisie, les débats entourant les relations financières intergouvernementales ont connu différents épisodes au cours des années. Ce n'est pas non plus un problème exclusif aux relations bilatérales entre Québec et Ottawa, puisqu'il affecte l'ensemble de la fédération canadienne.

Déjà, au début des années 1990, quelques études montraient que le Canada faisait face à une situation d'accroissement du déséquilibre fiscal, générée par un potentiel de croissance des recettes du gouvernement fédéral supérieure à ses dépenses projetées, principalement en raison de sa dominance des sources de revenu à croissance plus rapide, alors que de leur côté, les provinces faisaient face à un scénario opposé, essentiellement causé par des pressions sur les coûts des programmes sociaux. Par un énoncé précurseur, le Conseil économique du Canada évoquait dès 1991 que :

« [...] les taxes et impôts fédéraux actuels semblent plus élevés qu'il n'est nécessaire aussi bien pour faire face aux besoins de dépenses projetés du gouvernement fédéral que pour atteindre les objectifs relativement ambitieux de réduction de sa dette à long terme. Par conséquent, d'ici le milieu des années 90, le gouvernement fédéral pourrait commencer à disposer d'une certaine marge de manœuvre budgétaire⁵ ».

La question du déséquilibre fiscal est importante puisque l'inadéquation entre la capacité de financement et les responsabilités constitutionnelles des gouvernements ne peut que fausser l'allocation optimale des ressources au sein de l'économie canadienne. Dans ce contexte, il est primordial de faire le point sur les relations financières intergouvernementales au sein de la fédération canadienne afin d'identifier les fondements du déséquilibre fiscal,

⁴ L'entente sur la santé du 15 septembre 2004 ajoute plus de 2 G\$ aux transferts fédéraux aux titres de la santé et des programmes sociaux, faisant passer leurs valeurs de 24,1 à 26,2 G\$. Ce montant n'est pas intégré à l'analyse des données de 2004-2005.

⁵ CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA, *Un projet commun : aspects économiques des choix constitutionnels*, 28^e exposé annuel, Ottawa, 1991, p. 68.

d'illustrer les facteurs pouvant affecter ces relations et d'examiner les correctifs à y apporter.

1. QU'EST-CE QUE LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL?

1.1. DÉFINIR LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL

Le terme « déséquilibre » est l'antonyme du terme « équilibre ». En conséquence, il est approprié de définir en premier lieu ce qu'est l'« équilibre fiscal » avant de s'attarder aux éléments pouvant causer le « déséquilibre fiscal ».

1.1.1. Les postulats nécessaires à l'équilibre fiscal

La Commission sur le déséquilibre fiscal (ci-après « Commission ») a caractérisé l'équilibre fiscal à partir de trois postulats, qui doivent être respectés concurremment. Les voici⁶ :

- Des sources de revenus autonomes sont attribuées à chaque gouvernement, le partage des champs fiscaux qui en résulte permettant à chaque ordre de gouvernement de disposer d'un financement suffisant pour être imputable devant ses citoyens des décisions qu'il a prises dans ses sphères de compétence.
- Le total des revenus – soit la somme des revenus autonomes et des transferts – doit permettre à chaque ordre de gouvernement de couvrir effectivement les dépenses résultant de l'ensemble des compétences à assumer.
- Les transferts du gouvernement fédéral vers les provinces ne doivent pas limiter l'autonomie décisionnelle et budgétaire de ces dernières dans leurs champs de compétence, en raison des conditions qui les accompagnent ou des modalités selon lesquelles ils sont définis.

En fonction des caractéristiques précédentes, le schéma 1 expose l'équilibre fiscal dans le contexte fédéral canadien. Ainsi, un écart fiscal négatif entre les revenus autonomes et les dépenses des provinces peut

⁶ COMMISSION SUR LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL, *Pour un nouveau partage des moyens financiers au Canada*, Rapport, Québec, Gouvernement du Québec, 2002a, p. 15.

exister, mais l'équilibre fiscal peut néanmoins être atteint par le versement de transferts fédéraux aux provinces.

Enfin, l'atteinte de l'équilibre fiscal suggère que l'imputabilité d'un quelconque ordre de gouvernement dans ses sphères de compétence ne sera envisageable qu'en vertu de l'existence d'un financement suffisant provenant de revenus autonomes et de transferts inconditionnels, sauf exception.

Schéma 1 : Détermination de l'équilibre fiscal⁷

	Équilibre fiscal	
	Fédéral	Provinces
	Revenus autonomes	Revenus autonomes
	moins	moins
	Dépenses directes ⁸ à l'intérieur de ses champs de compétence	Dépenses directes à l'intérieur de leurs champs de compétence
Écart fiscal	(positif)	(négatif)
	moins	plus
	Transferts	Transferts
Équilibre fiscal (solde final)	Total = 0	Total = 0

Source : Commission sur le déséquilibre fiscal (2002a).

⁷ D'autres méthodes existent pour mesurer le déséquilibre fiscal. L'étude de Bird et Tarasov (2002) en propose quelques-unes. Pour des raisons de simplicité, nous avons opté pour la méthode retenue par la Commission sur le déséquilibre fiscal, sachant qu'elle ne permet que d'identifier sa présence sans pour autant en mesurer pleinement son amplitude.

⁸ Les dépenses directes comprennent l'ensemble des dépenses budgétaires d'un gouvernement, y compris le service de la dette, à l'exception des transferts aux autres ordres de gouvernement.

1.1.2. Les causes menant au déséquilibre fiscal

Le non-respect de l'une des stipulations précédentes entraîne un dysfonctionnement du système et rend possible l'existence d'un déséquilibre fiscal. Principalement, nous pouvons évoquer trois causes menant à cette situation.

Premièrement, les revenus autonomes des provinces peuvent être insuffisants pour couvrir les dépenses directes. Plus cet écart sera grand, plus le potentiel de subordination à l'égard du gouvernement fédéral risque d'être élevé. Une forte disparité entre les revenus autonomes et les dépenses laisse présager la présence d'un déséquilibre fiscal.

Deuxièmement, il est possible de combler l'écart entre revenus et dépenses par des transferts du gouvernement fédéral. *A priori*, la présence de transferts n'est pas la cause d'un déséquilibre, mais plutôt un indicateur de celui-ci. Cependant, *a fortiori*, si le transfert annule l'écart négatif entre les revenus et les dépenses, un déséquilibre fiscal peut néanmoins subsister⁹. En effet, en l'absence d'écart négatif, le déséquilibre fiscal est possible seulement lorsque les transferts fédéraux limitent l'autonomie décisionnelle des provinces, en raison des conditions liées à leur attribution. Dans une fédération « idéale » les revenus autonomes de chaque ordre de gouvernement devraient être suffisants pour financer les dépenses dont ils sont responsables. À ce titre, Wheare (1963) soulignait que « both general and regional governments must each have under its independent control financial resources sufficient to perform its exclusive functions¹⁰ ».

Troisièmement, cela se rattachant au deuxième point *in fine*, le gouvernement fédéral, invoquant son « pouvoir de dépenser », peut envahir partiellement certains champs de compétence provinciaux en dépit d'une opposition des législatures provinciales. Ce « pouvoir » amène le gouvernement fédéral à dépenser de façon conditionnelle dans les champs de compétence des provinces et limite l'autonomie décisionnelle et budgétaire de ces dernières¹¹.

⁹ Marie-France PLEAU, *Le déséquilibre fiscal canadien : mythe ou réalité?*, Sherbrooke, essai présenté au programme de maîtrise en fiscalité de l'Université de Sherbrooke, 2004, p. 6.

¹⁰ Kenneth C. WHEARE, *Federal Government*, 4^e édition, Oxford University Press, 1963.

¹¹ COMMISSION SUR LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL, *op. cit.*, note 6, pp. 17-27.

Ces trois causes du déséquilibre fiscal (l'accès aux recettes, les transferts fédéraux et le pouvoir de dépenser) seront développées tout au long de l'exposé.

1.1.3. La distinction entre un déséquilibre fiscal et un déficit budgétaire

Même si le déséquilibre fiscal se reflète ultimement sur les soldes budgétaires des ordres de gouvernement, il ne faut pas confondre déficit budgétaire et déséquilibre fiscal. Le Groupe de travail parlementaire sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces (1981) affirmait qu' :

« [i]l convient enfin de remarquer que le fait pour un gouvernement d'accuser un déficit, année après année, n'est pas forcément la preuve d'un déséquilibre fiscal, au sens où l'entendent les spécialistes des finances publiques. Ce n'est que lorsque la situation fiscale d'un gouvernement se dégrade pour des raisons indépendantes de sa volonté qu'on parle de déséquilibre fiscal¹² ».

En conséquence, le déficit budgétaire découle plutôt des prérogatives d'un gouvernement de recourir à l'emprunt plutôt qu'à la taxation pour financer une partie de ses dépenses. Ainsi, la présence d'un déficit budgétaire découlant de décisions politiques reliées aux priorités de l'État en matière de recettes et de dépenses n'est pas suffisante pour statuer sur l'existence d'un déséquilibre fiscal. À l'inverse, le maintien du déficit zéro par une réallocation des dépenses budgétaires ne peut nullement être retenu contre un gouvernement pour prétendre à l'équilibre fiscal. Cependant, lorsque la situation financière d'un ordre de gouvernement au sein d'une fédération se dégrade pour des raisons indépendantes de sa gestion, nous pouvons parler d'un déséquilibre fiscal. Il émane donc d'une cause structurelle qui à terme déséquilibre la capacité d'un gouvernement d'établir ses recettes par rapport à ses responsabilités de dépenses. Lazar, St-Hilaire et Tremblay (2004) exposent cette situation de la façon suivante :

« [N]otwithstanding the effects of cyclical fluctuations, the recurrence of substantial budget deficits or surpluses over a considerable length of time would indicate either: (a) a failure on the part of the government involved to make the necessary revenue or expenditure adjustments to achieve sustainable budget balances; or (b) an inability to do so because of a structural imbalance between revenue-raising capacity and expenditure responsibilities. The issue of vertical

¹² GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *Le fédéralisme fiscal au Canada*, Chambre des communes, 1981.

fiscal imbalance only comes into play in the second instance and only to the extent that the budgetary stance or actions of one order of government affect the other or in some way limit its capacity to adjust to its own circumstances¹³ ».

Deux exemples d'événements structurels pouvant entraîner une situation de déséquilibre fiscal seront exposés, soit la forte augmentation de la masse salariale des effectifs médicaux accordée par les provinces dans les années 1970 et la modification des programmes de transferts aux provinces par le gouvernement fédéral au milieu des années 1990.

Dans les années 1970, le gouvernement fédéral finançait la moitié des coûts de santé. Bien évidemment, l'inflation affectait à la hausse les coûts de la santé, mais les négociations des conventions collectives ont également eu un impact financier majeur. Certaines provinces ont concédé de généreuses augmentations de salaire, dépassant les 30 %, sachant qu'en fin de compte le gouvernement fédéral devait automatiquement hausser de un dollar ses transferts à la province chaque fois que celle-ci dépensait un dollar supplémentaire. Dans ce cas, la situation financière du gouvernement fédéral était affectée par un événement structurel externe à son pouvoir. Dans ce contexte, la formule de partage des coûts ne permettait pas au gouvernement fédéral d'avoir le plein contrôle sur son niveau de dépenses, puisque la valeur de ses transferts aux provinces était entièrement déterminée par le niveau de dépenses des provinces. Cela peut expliquer pourquoi le gouvernement fédéral s'est retiré partiellement du financement de la santé en échange d'espace fiscal¹⁴.

Cependant, une modification des programmes conditionnels financés par le gouvernement fédéral est sans doute l'exemple le plus classique de causes structurelles externes pour les provinces pouvant causer, ou accentuer, un déséquilibre fiscal. Mais, aussi paradoxal que cela puisse paraître, même une majoration du financement du gouvernement fédéral peut, dans certains cas, aggraver le déséquilibre fiscal des provinces. Le phénomène s'explique de la manière suivante : une augmentation continue des programmes fédéraux conditionnels touchant les champs de compétence des provinces fait en sorte qu'une proportion toujours croissante du budget des provinces est consacrée à des programmes conditionnels, diminuant ainsi leur capacité décisionnelle dans la détermination de leurs priorités. Bien évidemment, une fois les

¹³ France ST-HILAIRE, Harvey LAZAR et autres, *Money, Politics and Health Care: Reconstructing the Federal-Provincial Partnership*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 2004, p. 172.

¹⁴ *Infra*, section 2.1.3., p. 17:25.

programmes à frais partagés mis en place à l'initiative du gouvernement fédéral, son retrait, même partiel, entraîne un sous-financement de ces programmes, et touche encore une fois, l'équilibre fiscal. En analysant l'évolution de la participation fédérale au financement de la santé, depuis l'assurance hospitalisation jusqu'à l'avènement du Transfert canadien en matière de santé et de programmes sociaux (ci-après « TCSPS »), il est facile de constater une diminution notable de la part relative des transferts fédéraux dans le financement des soins de santé des provinces. Inutile de préciser que le financement de la santé est intimement lié à la notion de déséquilibre fiscal.

Maintenant que nous savons ce qui constitue le déséquilibre fiscal, à partir de la détermination de l'équilibre fiscal exposé au schéma 1, les tableaux 1, 2 et 3 permettent d'illustrer l'évolution des écarts fiscaux et du niveau de l'équilibre fiscal entre le gouvernement fédéral et ceux des provinces, au cours des dernières décennies. Il faut toutefois noter que ces tableaux servent à révéler la présence ou non d'un déséquilibre fiscal, ils ne servent pas à mesurer sa valeur.

La principale difficulté rattachée à cet exercice tourne autour de la détermination des dépenses directes à l'intérieur de ses propres champs de compétence. C'est donc dire que pour déterminer l'équilibre fiscal du gouvernement fédéral, il faudrait soustraire de ses dépenses directes les dépenses intrusives qu'il fait dans les champs de compétence des provinces. Il s'agit d'un travail colossal et qui inévitablement contiendrait une forte part de subjectivité. Aux fins du présent exercice, nous avons limité le concept de dépenses fédérales intrusives à seulement trois éléments faisant l'objet d'un large consensus, à savoir les allocations familiales, le congé parental et la formation de la main-d'œuvre¹⁵.

Les données contenues au tableau 1 montrent qu'en 1974-1975 les transferts fédéraux résorbent l'essentiel de l'écart fiscal. De plus, le tableau montre que les deux ordres de gouvernement sont légèrement déficitaires. L'ampleur de ces déficits est comparable et ils découleraient d'un choix de recourir à l'endettement plutôt qu'à l'impôt et non pas d'une incapacité à prélever les recettes nécessaires à couvrir les dépenses. Dans ce contexte, il semble que les gouvernements étaient à toutes fins pratiques en situation d'équilibre fiscal en 1974-1975.

¹⁵ Il est utile de rappeler qu'une entente est survenue en 1997 entre le gouvernement fédéral et le Québec à l'égard de la formation de la main-d'œuvre.

Pendant de nombreuses années, à l'instar de l'ensemble des dépenses du gouvernement fédéral, les transferts fédéraux ont augmenté plus rapidement que les revenus fédéraux. L'explosion du service de la dette en découlant a contribué aux déficits budgétaires chroniques qu'a connus le gouvernement fédéral au cours des années 1980 et 1990. En 1989-1990, le tableau 2 montre qu'avant même de considérer les transferts fédéraux aux provinces, le gouvernement fédéral était déjà en situation déficitaire. De plus, l'ampleur du déficit fédéral au regard du déficit de l'ensemble des provinces indique plutôt une situation de déséquilibre fiscal au détriment du gouvernement fédéral.

Enfin, les données du tableau 3 montrent un net revirement de la situation. Pour la présente année financière, selon la méthode de détermination de l'équilibre fiscal de la Commission, le déséquilibre fiscal serait clairement en défaveur des provinces.

Le déséquilibre fiscal au sein d'une fédération peut donc varier dans le temps. Ainsi, après s'être retrouvé en situation d'équilibre fiscal au milieu des années 1970, l'explosion du service de la dette et les difficultés à contenir la croissance des dépenses publiques ont mené le gouvernement fédéral en situation de déséquilibre fiscal durant les années 1980 et le début des années 1990. Le redressement des finances publiques entrepris au milieu des années 1990 a rapidement inversé la tendance.

Tableau 1 : Détermination de l'écart fiscal et de l'équilibre fiscal dans la fédération canadienne, 1974-1975¹⁶ (G\$)

	Fédéral	Provinces
Revenus autonomes	29,3	23,1
moins les dépenses directes à l'intérieur de ses champs de compétence	(23,7)	(29,2)
Écart fiscal	5,6	(6,1)
moins		
Transferts aux provinces	(5,9)	5,9
Solde net	(0,3)	(0,2)

Sources : Comptes publics du Canada; Comptes économiques provinciaux; Statistique Canada, Tableau Cansim 276-0005.

¹⁶ Afin de tenir compte des dépenses directes fédérales à l'intérieur de ses champs de compétence, les sommes de 1,8 G\$ et de 86 M\$ ont été soustraites des dépenses directes au titre des allocations familiales et des congés parentaux.

Tableau 2 : Détermination de l'écart fiscal et de l'équilibre fiscal dans la fédération canadienne, 1989-1990¹⁷ (G\$)

	Fédéral	Provinces
Revenus autonomes	113,7	96,9
moins les dépenses directes à l'intérieur de ses champs de compétence	(115,4)	(124,8)
Écart fiscal	(1,7)	(27,9)
moins		
Transferts aux provinces	(23,4)	23,4
Solde net	(25,1)	(4,5)

Sources : Comptes publics du Canada; Comptes économiques provinciaux; Statistique Canada, Tableau Cansim 276-0005.

Tableau 3 : Prévision de l'écart fiscal et de l'équilibre fiscal dans la fédération canadienne, 2004-2005¹⁸ (G\$)

	Fédéral	Provinces
Revenus autonomes	187,2	179,6
moins les dépenses directes à l'intérieur de ses champs de compétence	(135,9)	(220,8)
Écart fiscal	51,3	(41,2)
moins		
Transferts aux provinces	(32,6)	32,6
Solde net	18,7	(8,6)

Note : Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget fédéral 2004-2005; Budgets provinciaux 2004-2005; Statistique Canada, Tableau Cansim 276-0005.

¹⁷ Afin de tenir compte des dépenses directes fédérales à l'intérieur de ses champs de compétence, les sommes de 2,7 G\$, de 657 M\$ et de 438 M\$ ont été soustraites des dépenses directes au titre des allocations familiales, des congés parentaux et de la formation de la main-d'œuvre.

¹⁸ Afin de tenir compte des dépenses directes fédérales à l'intérieur de ses champs de compétence, les sommes de 9 G\$ et de 2,9 G\$ ont été soustraites des dépenses directes au titre des prestations fiscales pour enfants et des congés parentaux.

En résumé, notons que le déséquilibre fiscal serait lié à la fois à l'importance de l'écart entre les revenus autonomes et les dépenses des provinces, à l'insuffisance des transferts fédéraux pour combler cet écart et aux caractéristiques mêmes de ces transferts fédéraux. Ainsi, une partie du déséquilibre fiscal aurait pris naissance devant l'incompressibilité de la croissance de certaines dépenses de juridiction provinciale, plus particulièrement les coûts de santé, conjuguée à l'incapacité des provinces à synchroniser l'augmentation de leurs revenus, en raison de l'occupation prépondérante du fédéral à l'impôt des particuliers. Pendant ce temps, les transferts fédéraux subissaient des compressions ou augmentaient à un rythme inférieur aux charges qu'ils sont censés combler.

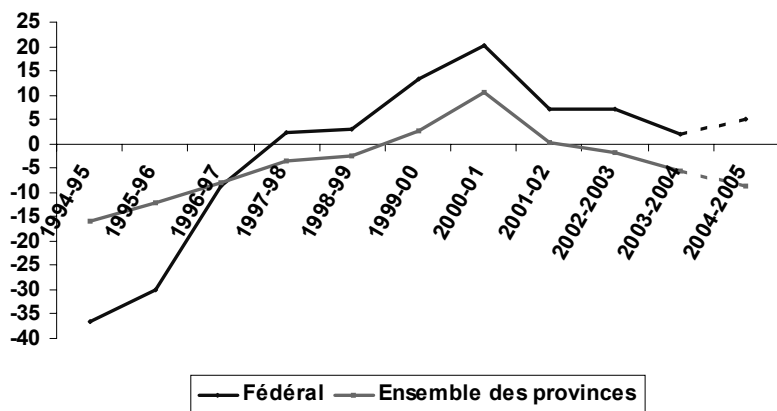
1.2. ÉVOLUTION DES FINANCES PUBLIQUES CANADIENNES

Au sein de la fédération canadienne, la notion de déséquilibre fiscal exposée au point précédent peut prendre différentes formes et ampleur d'une province à une autre. De manière générale, il est utile de distinguer le déséquilibre fiscal prévalant entre le gouvernement fédéral et ceux des provinces, qui lui, serait vertical, du déséquilibre fiscal découlant des écarts de richesse entre les provinces, qui lui, serait horizontal.

1.2.1. Les équilibres budgétaires au Canada

Le graphique 1 montre l'évolution des soldes budgétaires du gouvernement fédéral et des provinces depuis 1994-1995. Personne ne peut contester qu'au début de cette période, le gouvernement fédéral était dans une position difficile, son déficit étant deux fois et demi plus élevé que le déficit cumulé par l'ensemble des provinces. Rapidement, la situation se modifia, avec comme résultat que le gouvernement fédéral connaît présentement une période de surplus budgétaire de huit années consécutives. Pour l'ensemble des provinces, la situation budgétaire est moins favorable, puisque, après avoir connu un solde excédentaire en 1999-2000 et un en 2000-2001, elles sont retombées en situation déficitaire.

Graphique 1 : Évolution des soldes budgétaires du fédéral et des provinces¹⁹ (G\$)



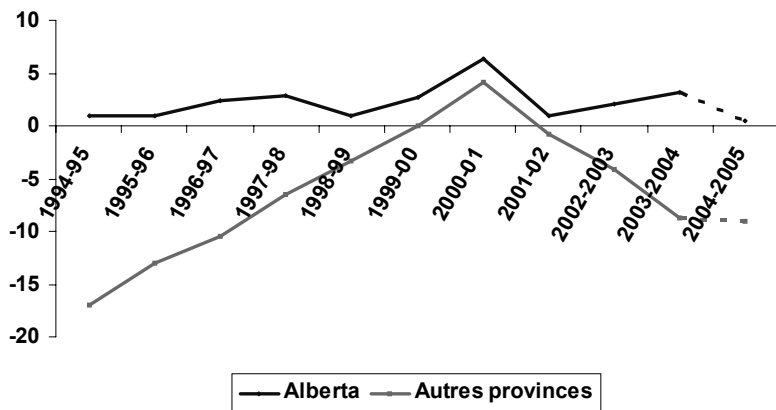
Note : Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Comptes publics du Canada; comptes économiques provinciaux.

Un autre élément important est que la situation budgétaire diffère parmi les provinces canadiennes. L'analyse montre que l'Alberta fait figure d'exception. L'importance des recettes issues des redevances pétrolières explique pourquoi, contrairement aux autres provinces, l'Alberta ne connaît pas de difficultés financières. En effet, depuis 12 ans, cette province n'a pas connu de déficit budgétaire. Dans ce contexte, il est pertinent d'analyser la situation budgétaire des provinces en excluant l'Alberta. Le graphique 2 sépare les résultats de l'Alberta des données portant sur la situation globale des provinces, ce qui permet de constater une situation provinciale beaucoup plus précaire, où l'équilibre budgétaire des provinces (sauf l'Alberta) n'a été atteint qu'une seule fois en 10 ans.

¹⁹ Après seulement quatre mois – avril à juillet 2004 – le surplus fédéral atteint déjà 4,4 G\$, selon : GOUVERNEMENT DU CANADA, ministère des Finances, *La revue financière*, Ottawa, septembre 2004.

Graphique 2 : Évolution des soldes budgétaires des provinces en isolant l'Alberta (G\$)



Note : Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Source : Comptes économiques provinciaux.

1.2.2. Les équilibres budgétaires au Québec

Il prévaut au Québec une situation particulière liée aux difficultés rencontrées et aux sacrifices demandés pour l'atteinte du déficit zéro. Rapidement, le déficit zéro a été érigé en dogme, au point où personne ne veut le remettre en question. Il en découle une série de mesures prises par les gouvernements pour montrer, en apparence du moins, le respect du déficit zéro. Les nouvelles règles comptables du gouvernement permettent l'augmentation de la dette publique, même en période sans déficit. Ceci explique en bonne partie pourquoi, depuis l'exercice budgétaire 1998-1999, bien que le gouvernement du Québec ait toujours annoncé un budget équilibré, sa dette totale est passée de 101 à 115 G\$²⁰.

Cependant, les stratagèmes pour présenter un budget équilibré complexifient l'analyse de la situation budgétaire. Le côté gauche du tableau 4 montre l'équilibre financier présenté dans les documents budgétaires alors que son côté droit présente une situation déficitaire en procédant à deux

²⁰ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2004-2005 – plan budgétaire*, section 4., 2004a, p. 26.

ajustements à partir d'informations contenues au budget du Québec 2004-2005²¹.

Le premier ajustement touche les revenus autonomes de l'année 2004-2005. Nous avons soustrait 880 M\$ censés provenir « de la vente d'actifs et de la disposition de placements venus à maturité ou devenus moins nécessaires à la bonne conduite de l'État²² ». Sans entrer dans le débat sur la pertinence d'utiliser des revenus supplémentaires découlant de la vente d'actifs pour le simple maintien de l'équilibre budgétaire à court terme, notons qu'il laisse présager une détérioration de l'équilibre budgétaire à moyen et à long terme. Compte tenu de l'absence de récurrence de revenu découlant de la disposition d'actifs prévue au budget du Québec 2004-2005, les sommes y afférentes ont été retirées des revenus autonomes.

Le deuxième ajustement concerne les transferts fédéraux pour les années 2003-2004 et 2004-2005. Devant la baisse anticipée des transferts fédéraux, le Québec a négocié avec le gouvernement fédéral la mise en place « de mesures d'urgence » pour en atténuer l'ampleur à court terme et reporter à des années ultérieures une partie de ces diminutions²³. Les négociations ont mené à des solutions particulières pour chacune des deux années. Essentiellement, il s'agit d'un étalement remboursable des réductions au TCSPS et à la péréquation. À l'égard de l'année 2003-2004, le mécanisme permet de reporter une baisse de transferts fédéraux de 1,16 G\$²⁴. Pour l'année 2004-2005, le report atteindrait 1,2 G\$²⁵. Il faut noter que ces solutions ont permis au gouvernement du Québec de recevoir « en trop », pour ces deux années, près de 2,4 G\$.. Toutefois, il faut comprendre que le Québec devra, dès le prochain exercice financier (2005-2006), rembourser au gouvernement fédéral 472 M\$ par année pendant cinq ans²⁶. Étant donné que ces sommes représentent davantage un « prêt sans intérêt » de la part du gouvernement fédéral qu'un revenu, elles ont été retirées des transferts

²¹ Nous avons volontairement limité le nombre d'ajustements à deux. D'autres ajustements auraient pu être intégrés telle l'élimination de la portion « assurance » des données de la Société de l'assurance automobile du Québec (SAAQ).

²² GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 20, p. 4.

²³ L'expression « mesures d'urgence » est tirée du message du ministre des Finances contenu dans la documentation budgétaire (2004b), p. iii.

²⁴ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, ministère des Finances, *Corriger le déséquilibre fiscal*, 2004b, p. 6.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*, p. 7.

fédéraux versés au Québec. À cet égard, il semble utile de souligner que même le gouvernement du Québec présente, à l'occasion, la valeur des transferts fédéraux, après y avoir soustrait les sommes à rembourser²⁷.

Ces deux ajustements nuisent grandement à l'équilibre budgétaire du Québec. Ainsi, en 2003-2004, le déficit budgétaire atteint plus de 1,5 G\$ alors que l'année 2004-2005 présente un déficit supérieur à 2 G\$.

Tableau 4 : présentation de l'équilibre budgétaire au Québec pour les années 2003-2004 et 2004-2005

Budget du Québec			Budget du Québec avec ajustement		
	2003-2004	2004-2005		2003-2004	2004-2005
Revenus autonomes	42 824	45 358	Revenus autonomes*	42 824	44 478
Transferts fédéraux	9 377	8 476	Transferts fédéraux réels**	8 216	7 276
Revenus totaux	52 201	53 834	Revenus totaux	51 040	51 754
Dépenses de programmes	45 800	47 151	Dépenses de programmes	45 800	47 151
Service de la dette	6 668	6 939	Service de la dette	6 668	6 939
Total des dépenses	52 468	54 090	Total des dépenses	52 468	54 090
Résultats nets des organismes consolidés	267	256	Résultats nets des organismes consolidés	267	256
Solde budgétaire	0	0	Solde budgétaire	- 1 161	- 2 080
Pertes exceptionnelles de la SGF	- 364	0	Pertes exceptionnelles de la SGF	- 364	0
Solde budgétaire consolidé	- 364	0	Solde budgétaire consolidé	-1 525	- 2 080

²⁷ *Id.*, p. 3.

- * La somme de 880 M\$ rattachée à la vente d'actifs a été soustraite des revenus autonomes de l'année 2004-2005.
- ** Les sommes liées à l'étalement des transferts fédéraux de 1 161 M\$ en 2003-2004 et de 1 200 M\$ en 2004-2005 ont été soustraites des transferts fédéraux.

Source : Budget du Québec 2004-2005.

Or, comme on l'a vu, le Québec n'est pas la seule province à faire face à des difficultés budgétaires. À l'exception de l'Alberta, les provinces ont peine à équilibrer leur budget. La situation globale des provinces demeure déficitaire.

Au cours des 10 dernières années, l'évolution des finances publiques et les résultats financiers différents qu'a connus le gouvernement fédéral et ceux des provinces laissent présager que les postulats nécessaires au maintien de l'équilibre fiscal ne sont peut-être plus rencontrés.

En ce qui concerne la situation particulière de l'équilibre budgétaire au Québec, dans les faits, le Québec se retrouve en situation déficitaire. Pour maintenir l'apparence d'équilibre budgétaire, le Québec a dû procéder à des ventes exceptionnelles d'éléments d'actifs et « *emprunter* » de l'argent d'Ottawa. Les négociations avec le gouvernement fédéral lui ont permis de reporter les baisses de TCSPS et de péréquation, mais ce n'est que partie remise puisque le remboursement de ces reports débutera dès le prochain exercice financier. Ainsi, la situation budgétaire du Québec sera très précaire en 2005-2006, puisque les revenus autonomes ne pourront plus compter sur les recettes générées par les ventes d'actifs alors que le remboursement annuel des transferts fédéraux « reçus en trop » comptera pour 472 M\$.

Dans ce contexte, peut-on dire que les difficultés que rencontre le Québec et la plupart des autres provinces à équilibrer leur budget, pendant qu'Ottawa instaure de nouvelles initiatives et procède au remboursement de sa dette, traduisent l'existence d'un déséquilibre fiscal entre le gouvernement fédéral et les provinces?

2. D'OÙ PROVIENDRAIT LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL?

Si un déséquilibre fiscal prévaut au sein de la fédération canadienne, il est important d'identifier sa source, qui pourrait être de nature juridique, politique ou simplement de nature budgétaire.

2.1. UN DÉSÉQUILIBRE DE NATURE JURIDIQUE ET POLITIQUE?

Considérant que le respect du cadre juridique au sein d'une fédération est intimement rattaché aux décisions politiques liées aux orientations gouvernementales et aux dépôts de projets de loi, les deux aspects sont analysés en simultanée, bien qu'un seul de ces facteurs puisse prédominer dans la présence ou non d'un déséquilibre. Afin de déterminer si un déséquilibre de nature juridique et politique prévaut dans la fédération canadienne, il importe d'exposer les principes du fédéralisme fiscal mis de l'avant dans la fédération canadienne et son application dans l'accès aux sources de recettes, dans les relations financières intergouvernementales et dans le respect des champs de compétence. Enfin, on ne peut faire abstraction de l'épineux débat sur le pouvoir fédéral de dépenser.

2.1.1. Les principes du fédéralisme fiscal

La notion de déséquilibre fiscal, dans le sens où l'entendait la Commission, était intrinsèquement liée au fédéralisme. En d'autres termes, si le Canada était un État unitaire, la question du déséquilibre fiscal ne se poserait pas, de même d'ailleurs qu'un débat sur le déséquilibre fiscal serait sans objet à l'intérieur d'une seule province²⁸. Bien que certains puissent contester cette limitation, il va de soi qu'un régime fédéral, par lequel les pouvoirs et les responsabilités sont définis par une constitution, peut être plus propice à l'apparition d'un déséquilibre fiscal²⁹.

Le Canada est une fédération, tout comme le sont l'Allemagne, l'Australie et les États-Unis³⁰. À l'opposé, la France, le Japon et le Royaume-Uni sont des États unitaires.

Dans une fédération, les pouvoirs de l'État se répartissent entre deux ordres de gouvernement. Cette répartition du pouvoir est généralement distribuée entre une autorité fédérale (le gouvernement fédéral) et des États fédérés (provinces, États, cantons, communautés, régions, länders, etc.). En

²⁸ COMMISSION SUR LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL, *op. cit.*, note 6, p. 14.

²⁹ Il demeure néanmoins facile d'imaginer un déséquilibre fiscal entre le gouvernement d'une province et les administrations locales. Toutefois, compte tenu que le débat public a surtout porté sur l'existence ou non d'un déséquilibre fiscal entre le gouvernement fédéral et les provinces, la présente étude portera exclusivement sur ce dernier.

³⁰ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student Edition, Scarborough, Carswell, 2001, p. 103 et suiv. (La présente section est inspirée de cet ouvrage).

outre, la répartition de pouvoirs est garantie par une constitution. Nous pouvons dire que les individus, du Québec par exemple, sont soumis à deux systèmes de lois, ceux des législatures provinciale et fédérale. Le partage des pouvoirs fait en sorte qu'aucun des deux ordres de gouvernement n'est juridiquement subordonné à l'autre, c'est-à-dire qu'il n'existe pas de lien de subordination entre l'un ou l'autre des ordres de gouvernement. Les pouvoirs de la législature provinciale ne peuvent être modifiés ou contrôlés par le parlement du Canada et vice versa. En fait, un des éléments clés du fédéralisme est que les provinces sont souveraines dans les champs de compétence que lui confère la Constitution. Il y a une aire d'autonomie légalement garantie pour les provinces.

Dans un État unitaire, il n'y a qu'une seule autorité nationale qui a tous les pouvoirs. Bien sûr, il y a dans ces États d'autres corps législatifs à un niveau local ou régional bénéficiant d'une délégation administrative de pouvoirs et de responsabilités. Cependant, ceux-ci diffèrent des provinces dans une fédération, en ce sens qu'ils sont subordonnés à l'autorité nationale.

En matière de finances publiques, il va de soi que la coopération entre les deux ordres de gouvernement au sein d'une fédération est plus que souhaitable, voire indispensable. En 1966, le ministre fédéral des Finances, Mitchell Sharp, prononça un exposé majeur sur le fédéralisme fiscal et dressa six principes à prendre en considération³¹. L'encadré 1 énumère ces principes, il touche notamment le partage des recettes, la péréquation, le financement des programmes d'intérêt national et la coordination économique et fiscale.

³¹ GOUVERNEMENT DU CANADA, Réunion du Comité fédéral-provincial du régime fiscal, Ottawa, 1966, 14 et 15 septembre 1966.

Encadré 1 : Principes de fédéralisme fiscal – Mitchell Sharp (1966)

- Principe 1 : Les arrangements fiscaux devraient rendre possible aux gouvernements fédéral et provinciaux l'accès aux ressources fiscales leur permettant de s'acquitter de leurs fonctions constitutionnelles.
- Principe 2 : Ils devraient faire en sorte que chaque gouvernement demeure responsable face à ses électeurs de ses décisions relatives à la fiscalité et que chaque gouvernement tienne compte de leurs effets sur les autres gouvernements.
- Principe 3 : Les arrangements fiscaux devraient, grâce à un régime de péréquation, permettre à chaque province de fournir des services publics suffisants sans avoir à recourir à des taux de taxation sensiblement plus élevés que ceux des autres provinces.
- Principe 4 : Ils devraient donner au gouvernement fédéral suffisamment de pouvoirs en matière fiscale pour remplir ses responsabilités économiques et monétaires tout en acquittant ses comptes. Tout particulièrement, ils devraient, dans toutes les provinces, réserver au gouvernement fédéral une part suffisante du domaine de l'impôt sur le revenu – tant des particuliers que des sociétés pour la réalisation d'un double objectif : permettre d'utiliser le taux et la forme de cet impôt à des fins économiques et d'en arriver à un degré raisonnable d'équité dans l'incidence de la fiscalité dans l'ensemble du Canada.
- Principe 5 : Ils devraient conduire à des dispositions uniformes dans les arrangements intergouvernementaux et à une application également uniforme des lois fédérales dans toutes les provinces.
- Principe 6 : Les arrangements fiscaux devraient tendre à procurer le moyen d'harmoniser les politiques et les priorités des gouvernements fédéral et provinciaux.

Parmi les six principes de fédéralisme fiscal de Sharp énoncés en 1966, les trois premiers principes sont fondamentaux au maintien de l'équilibre fiscal au sein d'une fédération.

Le partage des ressources fiscales est au cœur du premier principe. Ainsi, chaque ordre de gouvernement doit avoir accès à des ressources fiscales adéquates pour remplir ses responsabilités constitutionnelles.

Le deuxième principe est lié à la responsabilité fiscale, il cherche à maintenir chez un même gouvernement le lien entre les dépenses et le prélèvement de l'impôt pour les financer. À ce titre, Sharp indique que pour son plein respect, « [i]l faudrait évidemment que le gouvernement fédéral (moyennant le transfert de sources de revenu suffisantes) cesse de financer des services provinciaux et locaux essentiels³² ».

Le troisième principe est rattaché à la péréquation, il découle du fait que malgré que les provinces aient les mêmes responsabilités constitutionnelles, leurs capacités financières diffèrent. Ainsi, la péréquation a pour objectif de s'assurer que chaque province puisse fournir des services publics comparables à ses citoyens sans avoir à utiliser une fiscalité trop lourde pour y parvenir.

Le quatrième principe s'inscrivait, en 1966, dans le courant de pensée économique keynésienne³³. Ce principe accorde au gouvernement fédéral un rôle d'intervention et de stabilisation économiques.

Encore une fois, le cinquième principe visait, en 1966, à mettre un terme aux ententes de non-participation avec compensation financière accordée en 1964, dont seul le Québec s'était prévalu.

Enfin, le sixième principe visait à faciliter l'interdépendance entre les ordres de gouvernement en vue d'établir un fédéralisme coopératif.

Aujourd'hui, les principes 4 à 6 feraient l'objet de controverse. Il est loin d'être aussi évident qu'à l'époque que le rôle d'intervention et de stabilisation économiques revienne *de facto* au gouvernement fédéral. À partir du moment où le gouvernement fédéral intervient dans les champs de compétence des provinces et que l'une d'entre elles désire conserver ses prérogatives, notamment le Québec, le droit de retrait avec pleine compensation doit être permis.

³² GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *op. cit.*, note 12, p. 33.

³³ Ce courant de pensée économique est dérivé du nom de son principal concepteur, John Maynard Keynes.

Qu'on adhère ou non, en tout ou en partie, à ces principes énoncés par le ministre Sharp, il est clair que les arrangements fiscaux actuels sont loin de les respecter. Par exemple, les empiètements fédéraux dans les champs de compétence des provinces sont nombreux. Malgré qu'il se soit écoulé 40 ans depuis l'exposé de ces principes, force est de constater que certains d'entre eux demeurent pleinement d'actualité à l'égard des relations financières intergouvernementales (principes 1 à 3). Il est également possible d'affirmer que le plein respect de ceux-ci rendrait caduc le débat sur le déséquilibre fiscal.

2.1.2. L'accès aux sources de recettes

La *Magna Carta* ou la *Grande Charte de 1215*, a énoncé le principe du consentement à l'impôt. Ainsi, il ne peut être levé d'impôts sans une autorisation du Parlement³⁴. Au Canada, nous avons repris ce principe, d'abord dans l'*Acte constitutionnel de 1791*³⁵, puis dans la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁶. Ce principe aussi est applicable aux législatures provinciales³⁷.

Le gouvernement fédéral et les provinces ne disposent cependant pas du même accès aux sources de revenus. Au niveau du gouvernement fédéral, celui-ci a la possibilité de prélever des deniers par tous modes ou systèmes de taxation³⁸. Il s'agit donc de pouvoirs de taxation directe et indirecte. De plus, en vertu de l'article 122³⁹, maintenant périmé et « substitué » par la *Loi sur les douanes*⁴⁰, le *Tarif des douanes*⁴¹, la *Loi sur l'accise*⁴², la *Loi sur la taxe d'accise*⁴³, le gouvernement fédéral a la mainmise sur les taxes de douane et d'accise. Il n'y a que deux restrictions aux compétences du

³⁴ JOURS D'HISTOIRE – MAGNA CARTA 1215, Traduction de la Magna Carta, (en ligne : <http://www.herodote.net/texteMagnaCarta1.htm>).

³⁵ 31 George III, R.-U., c. 31.

³⁶ 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3 (ci-après « L.C. 1867 »).

³⁷ L.C. 1867, art. 90.

³⁸ L.C. 1867, art. 91(3).

³⁹ L.C. 1867.

⁴⁰ L.R.C. (1985), 2^e supp., c. 1.

⁴¹ L.C. 1997, c. 36.

⁴² L.R.C. (1985), c. E-14.

⁴³ L.R.C. (1985), c. E-15.

gouvernement fédéral en matière de taxation. La première restriction est l'article 125 de la Constitution, où il est précisé que : « Nulle terre ou propriété appartenant au Canada ou à aucune province en particulier ne sera sujette à la taxation »⁴⁴. La deuxième restriction vient du fait que le tout doit se faire dans le respect de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁵.

D'un autre côté, les fondements des compétences fiscales provinciales proviennent principalement de l'article 92⁴⁶. Ainsi, les législatures provinciales peuvent lever des impôts directs, dans les limites territoriales, pour un objet provincial⁴⁷. Il est très évident qu'il s'agit ici de trois exigences pour que l'impôt soit constitutionnel, c'est-à-dire direct, au Québec et dans l'aire d'autonomie légalement garantie pour les provinces. Par ailleurs, la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴⁸ a introduit l'article 92A qui permet aux provinces de recourir à tout mode ou système de taxation eu égard aux ressources naturelles non renouvelables, forestières et leur production primaire et, quant à l'électricité, les emplacements, les installations et la production. Il s'agit, dans ce cas, de taxes directes et indirectes.

Puisque aujourd'hui la taxation directe est privilégiée, la vaste majorité des revenus provenant de la fiscalité peut difficilement être située dans un domaine de compétence ou un autre. Il est clair qu'il y a chevauchement du pouvoir de taxation. Ces pouvoirs s'appliquent de façon concurrente et la doctrine de la suprématie fédérale (*Paramountcy Doctrine*) est non applicable, sauf en cas d'insuffisance de fonds pour acquitter les deux impôts⁴⁹.

Au fil des jugements, l'interprétation large de la notion d'impôt direct a été privilégiée⁵⁰. Ainsi, la question qu'il faut poser est la suivante : est-ce que l'impôt doit être acquitté définitivement par celui qui le paie en premier? Une réponse positive indique une taxe directe. Le principe est donc qu'une

⁴⁴ L.C. 1867, art. 125.

⁴⁵ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, R.-U., c. 11] (ci après « CCDL »).

⁴⁶ L.C. 1867.

⁴⁷ L.C. 1867, art. 92(2).

⁴⁸ Précité, note 45.

⁴⁹ Guy LORD, Jacques SASSEVILLE, Diane BRUNEAU et Lara FRIEDLANDER, *Les principes de l'imposition au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 12.

⁵⁰ *Bank of Toronto c. Lambe*, (1887) 12 A.C. (C. privé).

taxe est directe dans la mesure où l'impôt est exigé de la personne même que l'on entend assujettir. C'est une question de droit et non d'incidence économique⁵¹. C'est le cas de l'impôt sur le revenu et sur les successions, de même que les impôts fonciers et les taxes de vente. Par contre, les taxes d'accise, les droits de douane et les taxes au gros *ad valorem* sont des taxes indirectes.

Malgré la limitation du pouvoir de taxation des provinces aux seuls impôts directs, compte tenu de l'interprétation large du cadre constitutionnel, il nous faut conclure que l'accès octroyé par la constitution aux sources de recettes ne constitue pas, *a priori*, une réelle source de déséquilibre fiscal entre le gouvernement fédéral et les provinces.

2.1.3. L'évolution des relations financières intergouvernementales

Les relations financières intergouvernementales ont évolué, en passant par l'établissement de programmes à frais partagés, la mise en place de la péréquation et le transfert d'espace fiscal.

2.1.3.1. Les programmes de transferts fédéraux aux titres de la santé et des programmes sociaux

L'intervention de l'État fédéral par des transferts fédéraux aux provinces a débuté par des programmes à frais partagés. Ils ont fait leur apparition dès les premiers pas du keynésianisme⁵² et au moment de l'essor de l'État-providence.

Ainsi, la première vague de relations financières intergouvernementales débute par l'instauration de programmes à frais partagés entre 1941 et 1950. Ce sont de petits programmes qui s'apparentent aux subventions conditionnelles⁵³. La deuxième vague, plus ambitieuse, se déroule entre 1950 et 1968. Nous retenons essentiellement que c'est à ce moment que l'État-providence s'installe réellement, tant dans le domaine de la santé avec le programme de l'assurance hospitalisation que dans celui de l'éducation avec

⁵¹ Renvoi relatif à la taxe de vente au Québec, [1994] 3 R.C.S. 724.

⁵² *Supra*, note 33.

⁵³ COMMISSION SUR LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL, *Le déséquilibre fiscal au Canada - Contexte historique*, Annexe 1, Québec, Gouvernement du Québec, 2002b, p. 38.

le programme d'éducation postsecondaire ou encore, dans le secteur de la sécurité du revenu avec le Régime d'assistance publique du Canada (ci-après « RAPC »). Bien que ces secteurs soient exclusivement dans les champs de compétence des provinces selon la Constitution, le gouvernement fédéral offre d'assumer alors une partie des coûts, généralement 50 %. Cependant, aucune compensation n'existait si une province refusait la proposition ou si elle se retirait du programme.

Dans les années 1960, les revendications du Québec permettront, entre autres en 1964, d'obtenir du gouvernement fédéral le droit de retrait avec pleine compensation financière. Pour l'obtenir, il faut se retirer, de façon permanente, de certains programmes à frais partagés. Le Québec se prévaut de cette offre, dans le cadre de la *Loi sur les programmes établis*⁵⁴. La compensation se traduit par un transfert d'espace fiscal, formant aujourd'hui l'abattement spécial du Québec. Ce pourcentage variera régulièrement au cours des années pour s'établir à 16,5 % de nos jours. Après le retrait du gouvernement fédéral de 29 programmes à l'intérieur des champs provinciaux, obtenu par Jean Lesage en 1964, le processus de centralisation reprend, mais le gouvernement fédéral octroie de l'argent aux provinces sans qu'elles n'aient à respecter des conditions d'utilisation.

À la fin des années 1970, la détérioration de la situation budgétaire créée par l'augmentation des dépenses a amené le gouvernement fédéral à procéder à une réforme de ses programmes de transferts aux provinces. Dans un processus de consolidation, les programmes d'assurance hospitalisation, d'assurance maladie et d'enseignement postsecondaire furent d'abord regroupés en un seul programme, celui du « financement des programmes établis » (ci-après « FPE »). Dès lors, le niveau de transferts fédéraux au titre du FPE n'est plus directement lié aux dépenses que les provinces engagent dans ces programmes. La croissance du financement devient dorénavant fonction du produit national brut par habitant. Ce changement dans l'établissement de la participation fédérale sonne le glas du financement partagé, et l'histoire nous indique que cela a ouvert la porte à la diminution du financement fédéral. La réduction du financement fédéral s'est poursuivie en limitant l'indexation à un taux inférieur à la croissance économique.

Du côté du financement des dépenses destinées à la sécurité du revenu, le Régime d'assistance publique du Canada a continué jusqu'en 1990 d'assumer la moitié du coût de l'aide sociale des provinces. À partir de ce

⁵⁴ S.C., 1964-65, c. 54.

moment, le gouvernement fédéral a imposé aux provinces les mieux nanties un plafond dans l'augmentation du financement de l'aide sociale.

Toutefois, le véritable coup de barre est annoncé en 1994-1995, lorsque, sans discussion avec les provinces, le gouvernement fédéral regroupa le FPE avec le RAPC pour créer le TCSPS. Bien sûr, au passage, l'enveloppe globale consacrée à ces transferts aux provinces est réduite. Alors que dans les programmes à frais partagés le gouvernement fédéral tenait compte des besoins, partageait les coûts et indexait formellement les montants transférés, la situation est tout autre dans ce nouveau financement en bloc. En effet, ni les coûts ni les besoins ne sont pris en compte et il n'y a aucune indexation formelle des montants transférés. Tout devient une question de pouvoir de négociation et de contrôle stratégique. Le rapport de force avantage le gouvernement fédéral puisque le résultat essentiel de la réforme est, qu'à partir de 1994 l'investissement du gouvernement fédéral dans les dépenses provinciales touchées par le TCSPS chute radicalement. Le gouvernement a justifié ces coupures en affirmant qu'il devait mettre de l'ordre dans ses finances. À cet égard, certains auteurs soulignent que :

« [t]he federal cuts in cash transfers to the provinces in respect of health, post-secondary education, and social assistance and services between 1994/95 and 1998/99 were 33 percent, whereas reductions for other (i.e., direct) federal programs were only one percent⁵⁵ ».

À partir de 1999, le gouvernement fédéral a commencé à annoncer des augmentations dans ses transferts en espèces aux provinces⁵⁶. Toutefois, il ne s'agit généralement que d'ententes ponctuelles, par la création de fiducies, survenant à l'approche des fins d'années financières, n'offrant aucune récurrence et ne prévoyant aucun mécanisme de majoration des transferts. Dans ce contexte :

« Even with the increased payments announced at the September 2000 First Ministers' Meeting, future CHST growth [...] will be less than that of the cost of the main programs it helps fund. As a result, the federal contribution, expressed as a percentage of provincial and territorial social program expenditures, will once again decline⁵⁷ ».

⁵⁵ F. ST-HILAIRE, H. LAZAR et autres, *op. cit.*, note 13, p. 145.

⁵⁶ COMMISSION SUR LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL, *op. cit.*, note 53, p. 59.

⁵⁷ F. ST-HILAIRE, H. LAZAR et autres, *op. cit.*, note 13, p. 148.

En outre, depuis l'instauration du TCSPS, le financement fédéral de la santé est de plus en plus spécifique. Alors qu'en 1998-1999, le TCSPS était établi en fonction d'une seule source, le nombre de fonds spécifiques ou de fiducies est passé à deux en 1999-2000, à six en 2000-2001, à sept en 2001-2002, à cinq en 2002-2003, à huit en 2003-2004 et finalement à sept en 2004-2005⁵⁸. Le tout sans mécanisme d'indexation ou garantie de récurrence.

Le gouvernement fédéral ne doit pas tenter de modifier les relations financières intergouvernementales dans le cadre des budgets annuels. En procédant de la sorte, il n'y a aucune chance réelle que les provinces soient des partenaires égaux dans le processus décisionnel⁵⁹. La précarité de la situation budgétaire des provinces les force à se soumettre, sans véritablement pouvoir négocier les propositions fédérales. L'Entente-cadre sur l'Union sociale de février 1999⁶⁰, signée par toutes les provinces sauf le Québec, en échange d'injection d'argent dans le budget à être déposé dans les jours à venir par le gouvernement fédéral, en est un exemple. Pourtant, en 1981, un groupe de travail de la Chambre des communes recommandait que le public soit consulté avant toute négociation intergouvernementale future sur les accords fiscaux⁶¹.

Depuis l'entente sur l'Union sociale, le gouvernement fédéral a tendance à accroître sa présence, avec financement conditionnel, dans les champs de compétence des provinces. Cela peut créer un problème de transparence et d'imputabilité en permettant qu'un

« [...] dollar d'impôt [qui] part des poches d'un contribuable québécois chemine vers le gouvernement fédéral, qui le prend, le retourne dans ses transferts, le filtre à travers des programmes, des conditions dans certains cas,

⁵⁸ Stéphan LAURENT, François VAILLANCOURT, *Federal-Provincial Transfer for Social Programs in Canada : Their Status in May 2004*, IRPP Working Paper Series, no. 2004-07, Montréal, 2004, p. 16.

⁵⁹ Harvey LAZAR, « In Search of a New Mission Statement for Canadian Fiscal Federalism » dans Harvey Lazar (éditeur), *Toward a New Mission Statement for Canadian Fiscal Federalism*, Université Queen's, Institut des relations intergouvernementales, 2000, p. 33.

⁶⁰ GOUVERNEMENT DU CANADA, Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes, *Un cadre visant à assurer l'Union sociale pour les Canadiens*, février 1999.

⁶¹ GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *op. cit.*, note 12, p. 9.

pour qu'il retombe finalement dans des programmes qui sont administrés par des provinces partout au Canada, qui elles vont ensuite traduire ça en services⁶² ».

S'agit-il de la meilleure façon de procéder? Lorsqu'on analyse cette réflexion à la lumière des compressions que le gouvernement fédéral a effectuées dans les années 1990 dans sa contribution au financement de la santé ressort-il clairement pour les citoyens à quel gouvernement ils doivent imputer les décisions prises en regard du réseau de la santé? Il est permis d'en douter puisque la santé est au cœur des campagnes électorales récentes tant fédérale que provinciales.

Toutefois, il n'y a pas que dans la fédération canadienne où les transferts fédéraux sont assortis de conditions. Les transferts fédéraux aux États-Unis sont également conditionnels⁶³. Que faut-il en penser? Du point de vue de l'ordre fédéral, les conditions lui assurent que les provinces iront dans le sens de ce qu'il considère comme une priorité. *A contrario*, pour les provinces, l'augmentation des conditions implique qu'une proportion toujours croissante du budget de celles-ci en serait affectée. Le ministre des Finances fédéral reconnaissait dès 1966 que cela « donnerait lieu à une influence sur les décisions des gouvernements provinciaux », et ceux-ci « se trouveraient entravés dans l'établissement de leurs propres priorités⁶⁴ ».

2.1.3.2. La notion de transferts de points d'impôt

Avant de déterminer si le transfert de points d'impôt constitue ou non une forme de transferts financiers intergouvernementaux, il faut d'abord déterminer ce que cela signifie exactement.

La notion de points d'impôt a des origines historiques. Essentiellement, elle concerne une entente entre les ordres de gouvernements pour que l'un d'entre eux diminue ses impôts afin que l'autre puisse augmenter les siens sans pour autant accroître le fardeau fiscal global. Au début des années

⁶² Extrait des audiences de la Commission sur le déséquilibre fiscal, exposé du Parti libéral du Québec.

⁶³ COMMISSION SUR LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL, *Arrangements financiers intergouvernementaux : Allemagne, Australie, Belgique, Espagne, États-Unis et Suisse*, Document d'information, Québec, Gouvernement du Québec, 2001d, p. 50.

⁶⁴ GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *op. cit.*, note 12, p. 9.

soixante, la valeur d'un point d'impôt à l'égard de l'impôt sur le revenu des particuliers était mesurée en points de pourcentage de l'impôt fédéral de base, le total donnant 100 %⁶⁵. Ainsi, le transfert d'un point d'impôt équivalait à la diminution de 1 % de l'impôt fédéral de base. À cette époque, le gouvernement fédéral et les provinces négociaient les 100 points d'impôt, sans que cela ait de conséquence sur l'impôt global à payer pour les contribuables. Le gouvernement fédéral reconnaissait les besoins croissants des provinces et les deux ordres de gouvernement s'entendaient pour procéder aux réaménagements du partage des ressources. De 1962 à 1967, les provinces, le Québec en tête, ont profité de ce système de négociation des points d'impôt pour faire des revendications. Annuellement, leur part augmentait, passant de 16 points en 1962 à 28 points en 1967⁶⁶. À partir de 1966, le gouvernement fédéral mit fin au système de négociation de points d'impôt, en disant que dorénavant chaque ordre de gouvernement ferait ce qu'il veut en matière d'imposition, dans les limites de ses pouvoirs de taxation. À ce sujet, le ministre fédéral des Finances, Mitchell Sharp, déclara en 1966 qu'

« il serait préférable que les provinces financent leurs augmentations de dépenses en augmentant les impôts qui, selon elles, devraient être augmentés, tout comme on s'attend à ce que le gouvernement fédéral finance ainsi ses augmentations de dépenses. [...] nous devons renoncer à cette idée qui est en train de devenir une tradition, [...] qu'un certain niveau de partage des impôts [...] soit le niveau optimal déterminant la part qui appartient de droit à chacun des paliers de gouvernement⁶⁷ ».

Depuis lors, si ses besoins financiers en raison de modifications dans ses programmes de dépenses l'exigent, chaque ordre de gouvernement doit relever ses impôts, sans égard à la gestion de l'impôt de l'autre gouvernement. Il peut dès lors en résulter une hausse du fardeau fiscal global.

Même si les véritables négociations de points d'impôt se sont déroulées dans les années 1960, leurs effets demeurent encore aujourd'hui puisque les points d'impôt obtenus forment l'abattement spécial du Québec.

Pourquoi alors aborder la notion de points d'impôt dans le contexte actuel? Deux raisons maintiennent la pertinence de traiter des points d'impôt

⁶⁵ *Id.*, p. 47.

⁶⁶ *Id.*, p. 48.

⁶⁷ GOUVERNEMENT DU CANADA, *op. cit.*, note 31.

encore aujourd'hui. D'abord, les provinces réclament pour résorber le déséquilibre fiscal un transfert d'espace fiscal, qu'ils appellent encore à l'occasion un transfert de points d'impôt⁶⁸. De plus, le gouvernement fédéral comptabilise dans sa contribution au financement de la santé, un transfert d'espace fiscal datant des années 1970.

En 1976-1977, dans un contexte d'augmentation rapide des coûts de la santé, découlant en partie des généreuses bonifications salariales accordées par certaines provinces⁶⁹, le gouvernement fédéral a procédé à une révision du financement des programmes établis⁷⁰. Dans cette réforme, le gouvernement fédéral a diminué son financement en espèces, mais en libérant un espace fiscal équivalant à un peu plus de neuf points d'impôt. Le gouvernement fédéral a-t-il encore aujourd'hui raison de considérer ce transfert d'espace fiscal datant de 1977 comme une contribution fédérale?

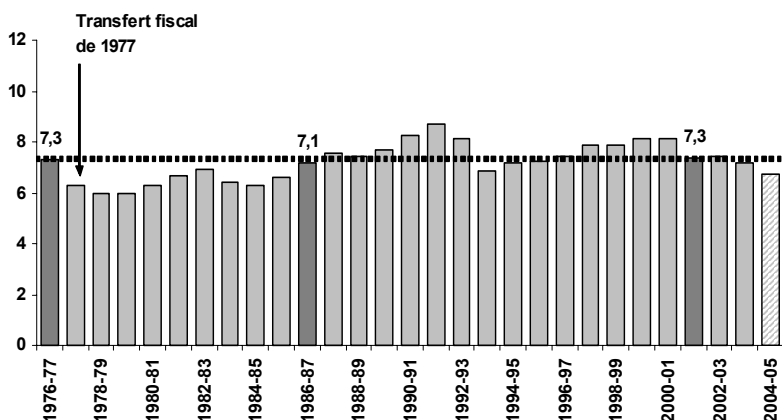
Pour répondre à cette question, il y a lieu de voir l'évolution temporelle du poids de l'impôt fédéral sur le revenu des particuliers en pourcentage du PIB. Le graphique 3 montre que le transfert d'espace fiscal consenti en 1977 a été récupéré par le gouvernement fédéral sur une période de 10 ans. Dans ce contexte, considérant l'autonomie fiscale dont jouit le gouvernement fédéral pour fixer le niveau de ses impôts, il semble inapproprié que le gouvernement fédéral continue à considérer en 2004 le transfert d'espace fiscal de 1977 comme une contribution fédérale au financement des coûts de santé.

⁶⁸ *Infra*, section 4., p. 17:78.

⁶⁹ *Supra*, p. 17:9.

⁷⁰ *Loi sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*, S.C. 1976-77, c. 10.

Graphique 3 : Évolution de l'impôt fédéral sur le revenu des particuliers, de 1976-1977 à 2004-2005 (en pourcentage du PIB)



Note : Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Commission sur le déséquilibre fiscal (2002a); Budget fédéral 2004-2005; Comptes publics du Canada.

Toujours à l'égard de la pertinence de prendre en compte le transfert d'espace fiscal de 1977 dans la contribution fédérale des coûts de santé, le Forum national sur la santé, organisme mis en place par le gouvernement fédéral, conclut que « L'important, c'est la contribution fédérale en espèces qui est réservée à la santé et non les autres paiements en espèces versés aux provinces comme la péréquation, ni les concepts artificiels de 'droit' et de 'transfert d'impôt'⁷¹ ». À ce titre, la décision de comptabiliser l'espace fiscal de 1977 au financement fédéral de la santé et des programmes sociaux est loin d'être négligeable : pour l'exercice 2004-2005, elle modifie la contribution fédérale de 24,1 à 41,5 G\$⁷². Nous ne pouvons que partager l'avis du Forum national sur la santé qui souligne que :

« [Les points d'impôt] offrent [au gouvernement fédéral] un prétexte commode qui lui permet de réduire ses versements en espèces tout en affirmant que les droits globaux ne sont que gelés ou qu'ils augmentent légèrement. C'est

⁷¹ FORUM NATIONAL SUR LA SANTÉ, « Le maintien d'un système national de santé : une question de principes... et d'argent », février 1996.

⁷² GOUVERNEMENT DU CANADA, ministère des Finances, *Transferts fédéraux aux provinces et territoires*, (en ligne : <http://www.fin.gc.ca/FEDPROV/mtpf.html>), consulté le 14 septembre 2004.

pourquoi le Forum est d'avis que l'inclusion de points d'impôt dans la contribution fédérale est inutile et risque de porter à confusion⁷³ ».

C'est pourquoi la présente analyse ne prendra en compte que les transferts fédéraux en espèces pour établir la contribution fédérale en santé. D'ailleurs, certains auteurs notent un point intéressant à ce sujet :

« The tax points that were transferred from Ottawa to the provinces twenty years earlier are “not an ongoing federal transfer to provinces, any more than the provincial tax room shifted under the Wartime Tax Agreements constitutes an ongoing provincial transfer to the federal government”⁷⁴ ».

2.1.3.3. Le programme de péréquation

La péréquation représente un autre élément des relations financières intergouvernementales.

En 1940, la Commission Rowell-Sirois soumettait son rapport⁷⁵. Elle indiquait, entre autres, qu'il fallait instaurer un régime de répartition de la richesse entre les provinces, c'est-à-dire la péréquation. Cette recommandation fut rejetée. Il a fallu attendre jusqu'en 1957, avant que le gouvernement fédéral instaure son système de péréquation. Ce système de transferts a deux principales fonctions. D'une part, il doit permettre aux Canadiens d'obtenir des services comparables d'une province à l'autre, et d'autre part, il assure une forme de stabilisation devant une détérioration de la situation fiscale d'une province par rapport à l'ensemble de la fédération. En deux mots, la péréquation sert annuellement à combler, sur une base *per capita*, l'écart de rendement de différentes sources de taxation d'une province par rapport au rendement canadien moyen. En quelque sorte, la péréquation sert, par une réduction des écarts de capacité fiscale entre les provinces, à contrebalancer un potentiel déséquilibre fiscal interprovincial.

La logique du programme est relativement simple quoique l'on observe une complexité intrinsèque à son fonctionnement. Sans entrer dans les détails d'application, soulignons l'évolution de ses principales caractéristiques.

⁷³ FORUM NATIONAL SUR LA SANTÉ, *op. cit.*, note 71.

⁷⁴ F. ST-HILAIRE, H. LAZAR et autres, *op. cit.*, note 13, p. 145.

⁷⁵ COMMISSION ROYALE DES RELATIONS ENTRE LE DOMINION ET LES PROVINCES, *Rapport de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces*, Ottawa, 1940.

Afin de déterminer les écarts de capacité fiscale *per capita* d'une province et d'établir ses droits à la péréquation, le programme de péréquation compare 33 sources de revenus (par exemple : impôt sur le revenu, taxes de vente) par rapport à la norme canadienne. Après avoir comparé les 33 assiettes, les provinces dont la capacité fiscale est inférieure à la norme sont compensées.

Les paiements de péréquation sont inconditionnels. Ainsi, contrairement aux programmes à frais partagés et aux différents transferts fédéraux aux titres de la santé et des programmes sociaux, les provinces peuvent utiliser comme elles l'entendent les sommes reçues par l'intermédiaire de la péréquation.

En 1982, la réduction des écarts de capacités fiscales par des paiements de péréquation a été enchâssée dans la Constitution :

« Le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des paiements de péréquation propres à donner aux gouvernements provinciaux des revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables⁷⁶ ».

Pourtant, en même temps, le programme a fait l'objet de restrictions, principalement à l'égard de la norme de comparaison utilisée et à l'égard du plafonnement des paiements. De plus, dans certains cas, l'assiette fiscale demeure mal définie ou incomplète.

Au départ, la norme de comparaison servant à la détermination des écarts de capacité fiscale était établie par rapport aux deux provinces les mieux nanties. Rapidement, la norme utilisée a été fondée sur les 10 provinces. Afin de réduire l'évolution des coûts du programme, en 1982, le gouvernement fédéral a décidé unilatéralement d'utiliser cinq provinces « représentatives » pour établir la norme plutôt que dix provinces⁷⁷. Il en découle que de grands écarts de capacité fiscale subsistent.

⁷⁶ *Loi constitutionnelle de 1982*, précité, note 45, art. 36(2).

⁷⁷ Les cinq provinces retenues sont : le Québec, l'Ontario, le Manitoba, la Saskatchewan et la Colombie-Britannique. Ainsi, le gouvernement fédéral a exclu la province la plus riche, l'Alberta, et les quatre provinces les plus pauvres, les provinces maritimes. Il faut souligner que l'abandon de la norme des dix provinces et son remplacement par la norme des cinq provinces représentatives a été réalisé dans un souci d'économie par le gouvernement fédéral puisque le poids relatif de l'Alberta est supérieur au poids des quatre provinces maritimes réunies.

Toujours dans une optique de limitation de la croissance du coût du programme, le gouvernement fédéral a implanté un mécanisme de plafonnement des paiements. Ce plafond a fait en sorte que les paiements de péréquation ne peuvent croître plus rapidement que le PIB. De plus, « le niveau de paiements à partir duquel le plafond s'applique a été considérablement réduit au fil des renouvellements quinquennaux du programme⁷⁸ ». En fait, en 1999, il a été fixé arbitrairement à 10 G\$.

Par ailleurs, au niveau de la définition des assiettes fiscales, un exemple retient particulièrement notre attention. Ainsi, quant à l'assiette de l'impôt foncier, ce n'est pas la valeur foncière des propriétés qui est utilisée, mais une norme byzantine composée d'un ensemble de variables économiques, dont la valeur de remplacement du stock de bâtiments. L'utilisation d'une telle variable coûterait environ 800 M\$ au Québec par année⁷⁹.

Il est clair que ce programme n'est pas pleinement satisfaisant. Toutefois, ce n'est pas la constitutionnalité du programme qui est en cause, car celui-ci est encaissé dans la Constitution. De même, considérant que c'est un programme inconditionnel, il s'agit là d'un bon mécanisme de transferts financiers intergouvernementaux. Cependant, les plafonds, les assiettes fiscales et la norme des cinq provinces sont à revoir, car, dans tous les cas, le Québec est particulièrement touché par ces modalités.

Bien que les relations financières intergouvernementales visent à combler l'écart négatif entre les revenus autonomes et les dépenses, il est possible selon les modalités utilisées, qu'elles créent une subordination des provinces à l'égard du gouvernement fédéral. Naturellement, cela va à l'encontre de l'esprit du fédéralisme fiscal. À ce titre, bien que le TCSPS constitue un transfert financier du gouvernement fédéral vers les provinces, il contrevient aux principes de fédéralisme fiscal puisque ce programme est conditionnel et qu'il limite ainsi l'autonomie décisionnelle et budgétaire des provinces dans leurs domaines de compétence. Par contre, la péréquation est conforme autant du point de vue constitutionnel que du point de vue des principes de fédéralisme fiscal. En effet, les paiements sont prévus dans la Constitution et sont également inconditionnels.

⁷⁸ COMMISSION SUR LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL, *op. cit.*, note 6, p. 55.

⁷⁹ *Id.*, p. 106.

2.1.4. Le respect des champs de compétence

L'une des raisons pour lesquelles le Canada est aujourd'hui une fédération et non un État unitaire découle du fait que les Canadiens français catholiques du Bas-Canada craignaient, entre autres choses, pour leur langue et leur religion. Pour cette raison, ils voulaient conserver une emprise sur certaines compétences. De fait, la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit un partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement. La section VI, intitulée « distribution des pouvoirs législatifs », porte justement sur ce sujet. Il s'agit des articles 91 à 95 L.C. 1867.

Le partage des compétences est fortement imprégné des deux principes suivants :

« - Les matières qui ne divisent pas les deux groupes linguistiques et religieux qui composent la population, et pour lesquelles ceux-ci ont un intérêt commun, seront dévolues au gouvernement fédéral.

- Les matières relevant des domaines social et culturel, ainsi que tout ce qui concerne la vie privée des citoyens et les institutions sociales, seront dévolues aux provinces⁸⁰ ».

Le gouvernement fédéral puise la majorité de ses champs de compétence de l'article 91 L.C. 1867. Il y a 29 attributions, incluant le service postal⁸¹, la défense⁸², la quarantaine⁸³, les banques⁸⁴, les poids et mesures⁸⁵, etc. De plus, s'ajoutent un pouvoir résiduaire général et un pouvoir général, contenus dans le préambule de l'article 91 L.C. 1867, qui permettent de faire des lois pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement au Canada ». À la suite de modifications constitutionnelles, sont également de compétence fédérale, l'assurance chômage⁸⁶ et les pensions de vieillesse⁸⁷. Enfin, en vertu de

⁸⁰ COMMISSION SUR LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL, *op. cit.*, note 53, p. 6.

⁸¹ L.C. 1867., art. 91(5).

⁸² *Id.*, art. 91(7).

⁸³ *Id.*, art. 91(11).

⁸⁴ *Id.*, art. 91(15).

⁸⁵ *Id.*, art. 91(17).

⁸⁶ *Id.*, art. 91(2A).

⁸⁷ *Id.*, art. 94A.

l'article 92A⁸⁸, le gouvernement fédéral a prépondérance en ce qui concerne l'exportation des ressources naturelles hors province.

Quant aux provinces, leurs compétences se retrouvent particulièrement aux articles 92, 92A et 93⁸⁹. Seize compétences sont énumérées à l'article 92 L.C. 1867. Cela inclut l'entretien, l'administration et l'établissement des hôpitaux⁹⁰, les institutions municipales⁹¹, etc. Il y a également un pouvoir résiduaire visant les matières d'une nature purement locale et privée dans la province. Enfin, en vertu de l'article 93 L.C. 1867, les provinces ont compétence dans le domaine de l'éducation. Force est de constater que la Constitution accorde aux provinces des pouvoirs dans les domaines de la santé, de l'éducation et des services sociaux. Constatation tout aussi évidente, le gouvernement fédéral empiète souvent dans ces champs de compétence provinciaux. Par exemple, le TCSPS est un exemple de la présence du gouvernement fédéral dans les champs provinciaux, puisque celui-ci impose certaines conditions en contrepartie du versement de sa contribution au financement de programmes administrés par les provinces⁹².

Enfin, il existe une compétence concurrente avec prépondérance pour le gouvernement fédéral dans les domaines de l'agriculture et de l'immigration⁹³.

2.1.5. Le pouvoir fédéral de dépenser

Tout le monde dépense, parfois même ceux qui n'ont aucun revenu. Ainsi, la définition d'un « pouvoir fédéral de dépenser » ne sera certainement pas très énigmatique. Cependant, elle n'est pas aussi simple que nous voudrions bien le croire. Ce pouvoir n'est en effet aucunement explicité dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le « pouvoir fédéral de dépenser » est-il légitime? Il s'agit là d'un vieux débat juridico-politique. Bien qu'il s'agisse d'un outil fondamental de l'intervention fédérale, nous ne

⁸⁸ L.C. 1867.

⁸⁹ L.C. 1867.

⁹⁰ *Id.*, art. 92(7).

⁹¹ *Id.*, art. 92(8).

⁹² COMMISSION SUR LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL, *Problématiques et enjeux du déséquilibre fiscal*, Document préparatoire pour la consultation publique, Québec, Gouvernement du Québec, 2001c, p. 12.

⁹³ L.C. 1867, art. 95.

tenterons pas de répondre à cette épineuse question. Notons toutefois qu'en vertu de l'article 91(3) de la Constitution, le gouvernement fédéral est en mesure de lever des taxes. Il doit donc être en mesure d'utiliser cet argent.

Naturellement, le « pouvoir fédéral de dépenser » dans les champs fédéraux⁹⁴ n'est pas remis en cause. Évidemment, c'est le « pouvoir fédéral de dépenser » dans les champs de compétence des provinces qui suscite la controverse. Il n'y a pas de consensus sur la provenance, la validité ou l'invalidité d'un tel pouvoir; les théories sont nombreuses, mais notons toutefois que tous les gouvernements du Québec ont rejeté cette notion de « pouvoir fédéral de dépenser » ou du moins ont cherché à en baliser l'utilisation. À ce titre, le Secrétariat québécois aux Affaires intergouvernementales canadiennes souligne que :

« Depuis plus d'un demi-siècle, le Québec conteste l'existence du pouvoir fédéral de dépenser. À défaut de son abolition, il revendique avec constance, par ses premiers ministres, un encadrement rigoureux de ce pouvoir dans les secteurs relevant de la compétence exclusive de l'Assemblée nationale du Québec, par le biais d'un droit de retrait avec pleine compensation⁹⁵ ».

Comme nous venons de l'indiquer, ce pouvoir n'est ni constitutionnalisé, ni balisé d'une quelconque manière. Des tentatives d'encadrement ont été faites depuis le début des années 1960⁹⁶. Principalement, il s'agirait d'effectuer un amendement constitutionnel, donc de constitutionnaliser ce pouvoir, tout en encadrant celui-ci afin de « préserver l'autonomie du Québec et le respect du partage des compétences⁹⁷ ».

En 1969, dans le cadre des travaux devant conduire à la Conférence constitutionnelle de Victoria, le gouvernement fédéral reconnaissait que pour qu'il puisse accorder des subventions conditionnelles dans les champs de compétence des provinces, il faudrait la présence de deux facteurs⁹⁸ :

⁹⁴ *Supra*, section 2.1.4., p. 17:36.

⁹⁵ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Secrétariat québécois aux Affaires intergouvernementales canadiennes, *Position historique du Québec sur le pouvoir fédéral de dépenser 1944-1998*, 1998, p. 38.

⁹⁶ COMMISSION SUR LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL, *op. cit.*, note 6, p. 130.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement*, document de travail sur la Constitution, Ottawa, 1969.

- 1) il existe un accord général national en faveur de la mise sur pied d'un programme donné avant de pouvoir exercer son pouvoir;
- 2) la décision d'un corps législatif provincial d'exercer son droit constitutionnel de ne pas participer à un programme donné, même lorsqu'il y a un accord général national, ne devrait pas avoir pour résultat l'imposition d'une peine fiscale sur les habitants de cette province.

Par la suite, autant le projet d'Accord du Lac Meech (1987) que le projet d'Accord de Charlottetown (1992) comprenaient des clauses visant à protéger le respect des champs de compétence. D'ailleurs, l'article 106A de l'Accord du Lac Meech prévoyait que :

«(1) Le gouvernement du Canada fournit une juste compensation au gouvernement d'une province qui choisit de ne pas participer à un programme national cofinancé qu'il établit après l'entrée en vigueur du présent article dans un secteur de compétence exclusive provinciale, si la province applique un programme ou une mesure compatible avec les objectifs nationaux.

(2) Le présent article n'élargit pas les compétences législatives du Parlement du Canada ou des législatures des provinces⁹⁹ ».

La dernière tentative visant à encadrer l'utilisation du « pouvoir fédéral de dépenser » fut l'Entente-cadre sur l'union sociale de février 1999. Cependant, il s'agit seulement d'un document administratif, auquel le Québec n'a pas adhéré.

Il ne s'agit pas ici de discuter des différentes hypothèses du « pouvoir fédéral de dépenser », ce qui est très bien fait dans le rapport de la Commission¹⁰⁰, mais bien de voir son impact sur le déséquilibre fiscal. Ainsi, nous examinerons plutôt, grâce à des exemples, les contrecoups de l'utilisation d'un tel moyen par le gouvernement fédéral.

L'éducation est un bon exemple de champs de compétence des provinces contenant bon nombre d'utilisations récentes du « pouvoir fédéral de dépenser » qui suscitent polémique et débats.

⁹⁹ CENTRE DE RECHERCHE ET D'INFORMATION SUR LE CANADA (CRIC), Accord du Lac Meech, (en ligne : http://www.cric.ca/fr_html/guide/meech/meech_accord.html).

¹⁰⁰ COMMISSION SUR LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL, *Le « pouvoir fédéral de dépenser »*, Annexe 2, Québec, Gouvernement du Québec, 2002c.

L'une des utilisations les plus connues du « pouvoir fédéral de dépenser » est la création, dès le rétablissement de l'équilibre budgétaire au fédéral, de la Fondation canadienne des Bourses d'études du millénaire, d'une valeur de 2,5 G\$. Initialement, le tout a été fait sans égard au programme des prêts et bourses existant au Québec. 900 M\$ ont aussi été dépensés pour la mise en place d'un programme de chaires de recherche du Canada. Au total, c'est près de 8 G\$ que le gouvernement fédéral a dépensé, entre 1996-1997 et 2002-2003, par le biais des fondations liées à l'éducation et au savoir¹⁰¹.

Enfin, un élément moins souvent évoqué pour illustrer le « pouvoir fédéral de dépenser », et donc faisant l'objet de moins de contestation, est l'utilisation de la politique fiscale par l'intermédiaire des dépenses fiscales¹⁰². Encore une fois, le domaine de l'éducation illustre bien l'accroissement de l'intervention fédérale dans un champ de compétence des provinces par sa fiscalité. En 1998, le gouvernement fédéral a instauré la subvention canadienne pour l'épargne-études afin de rendre plus attrayant le régime enregistré d'épargne-études. Toujours dans le but de favoriser l'épargne-études, le budget fédéral 2004-2005 a bonifié la subvention canadienne pour l'épargne-études et a créé le bon d'études canadien. Depuis l'implantation des mesures connexes au régime enregistré d'épargne-études en 1998, le coût est passé de 30 M\$ à plus de 625 M\$ annuellement¹⁰³.

L'utilisation par le gouvernement fédéral de son « pouvoir fédéral de dépenser » pour ne pas respecter le partage des champs de compétence avec les provinces entraîne inévitablement des dédoublements inutiles et va à l'encontre des principes du fédéralisme fiscal. De plus, dans certains cas, ces dépenses ont un effet pervers supplémentaire :

« [e]n raison du caractère dualiste de la société canadienne, il y a lieu de s'interroger sur la sagesse à long terme des initiatives fédérales dans les

¹⁰¹ S. LAURENT et F. VAILLANCOURT, *op. cit.*, note 58, p. 15.

¹⁰² Nous pouvons résumer les dépenses fiscales comme étant les mesures d'exception contenues dans le régime fiscal. En mettant en place un crédit d'impôt ou une déduction fiscale, le gouvernement « dépense » une partie de ses fonds en s'abstenant de percevoir les recettes pouvant être générées par son système fiscal. Elles constituent donc, au même titre que les dépenses budgétaires, une intervention gouvernementale.

¹⁰³ Notre calcul à partir des documents suivants : GOUVERNEMENT DU CANADA, ministère des finances, *Plan budgétaire de 2004*, Ottawa, 2004a et GOUVERNEMENT DU CANADA, ministère des Finances, *Dépenses fiscales et évaluations : 2003*, Ottawa, 2003b.

domaines qui touchent le plus directement aux différences culturelles entre les communautés francophone et anglophone du Canada. [...] Or, depuis la Deuxième Guerre mondiale, la participation fédérale à un grand nombre de domaines qui ont directement trait à la qualité de la vie culturelle s'est nettement accrue [...] Ces initiatives fédérales ont évidemment créé certaines tensions dans notre régime fédéral et il y a tout lieu de croire qu'elles s'intensifieront...¹⁰⁴ ».

La responsabilité fiscale d'un gouvernement implique que celui-ci finance ses dépenses par ses taxes. En s'immisçant dans les compétences provinciales, le gouvernement fédéral agit davantage comme un déstabilisateur des finances publiques des provinces. Par exemple, les programmes conditionnels obligent les législatures provinciales à modifier leurs politiques afin de respecter ces dites conditions. D'autres fois, un effet de levier a contraint les provinces à investir dans certains secteurs desquels peut se retirer le gouvernement fédéral après quelque temps. De plus, les dépenses ponctuelles et visibles sont préférées par le gouvernement fédéral, au détriment des dépenses de système¹⁰⁵. Par son utilisation, « Le gouvernement fédéral limite l'autonomie décisionnelle et budgétaire des provinces dans leurs propres champs de compétence¹⁰⁶ ». Qui plus est, non seulement le « pouvoir fédéral de dépenser » implique un déséquilibre fiscal, mais en plus, celui-ci dénature la politique fiscale mise de l'avant. La Commission indique que « [l']utilisation du “ pouvoir fédéral de dépenser ” se nourrit des ressources excédentaires que le gouvernement fédéral contrôle¹⁰⁷ ». Les interventions fédérales réalisées en invoquant le « pouvoir fédéral de dépenser » ne sont possibles que par les ressources financières dont il dispose et qui sont supérieures aux sommes nécessaires pour assumer ses propres compétences. Ainsi, ces ressources excédentaires sont obtenues en occupant un espace fiscal superflu au détriment des autorités provinciales. Ultimement, elles sont affectées de façon arbitraire dans des « domaines considérés comme stratégiquement ou politiquement intéressants¹⁰⁸ ».

Pour conclure sur le « pouvoir fédéral de dépenser », il reste que, constitutionnel ou non, il affecte réellement les provinces et est clairement

¹⁰⁴ GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *op. cit.*, note 12, p. 4.

¹⁰⁵ COMMISSION SUR LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL, *op. cit.*, note 6, p.126.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*, p.121.

¹⁰⁸ *Id.*, p.126.

relié au déséquilibre fiscal puisqu'il se trouve à le révéler en appuyant son existence sur les ressources financières excédentaires du gouvernement fédéral. La solution québécoise mise de l'avant depuis plusieurs décennies quant au « pouvoir fédéral de dépenser » reste le droit de retrait avec pleine compensation.

Constats sur un possible déséquilibre fiscal de nature juridique et politique

Hormis les aspects entourant le « pouvoir fédéral de dépenser » que nous venons d'aborder, nous ne pouvons prétendre à un déséquilibre de nature juridique. La Constitution canadienne établit, assez clairement les pouvoirs de taxation et les responsabilités des ordres de gouvernement. Juridiquement parlant, les gouvernements des provinces ont suffisamment de pouvoirs en matière de fiscalité pour remplir leurs obligations, la péréquation venant compléter les revenus des provinces les moins nanties.

C'est essentiellement d'un point de vue politique que le déséquilibre fiscal prend sa source, l'absence de position commune des provinces ou la fragilité des fronts communs lorsque ceux-ci existent altèrent le rapport de force entre les ordres de gouvernement à l'avantage du gouvernement fédéral. Dans ce contexte, il devient plus facile pour ce dernier d'imposer sa vision lorsqu'il négocie avec les provinces le renouvellement des transferts fédéraux. Finalement, ce rapport de force lui permet même à l'occasion de procéder à des modifications unilatérales, sans préalablement consulter les provinces.

2.2. UN DÉSÉQUILIBRE DE NATURE BUDGÉTAIRE?

Puisque la section précédente a permis de statuer que le déséquilibre fiscal s'expliquait difficilement sur le plan juridique, mais qu'une partie de sa source pouvait être de nature politique, il y a maintenant lieu de voir si le déséquilibre fiscal ne prendrait pas également sa source sur le plan budgétaire.

Examinons si lorsque les revenus du gouvernement fédéral excèdent ses programmes de dépenses publiques, cela est suffisant pour déterminer un déséquilibre fiscal. Le tableau 5 montre que non. Le fait qu'un gouvernement fédéral ait des revenus excédentaires et qu'il en redistribue une partie aux États fédérés semble être une caractéristique d'un pays fédéral.

Tableau 5 : Comparaison du partage des recettes et des dépenses publiques dans les fédérations (années diverses – part du gouvernement fédéral)

	% des recettes	% des dépenses	Écart
Australie (2000)	69	54	15
Canada (2004)	47	38	9
États-Unis (1998)	67	59	8
Suisse (1999)	37	32	5

Sources : Commission sur le déséquilibre fiscal (2001d), Statistique Canada, CANSIM 385-0002.

Ainsi, il ne s'agit pas ici de voir la répartition des recettes et des dépenses entre les ordres de gouvernement, mais de prendre en compte les dynamiques respectives de croissance des revenus et des dépenses.

Le tableau 6 montre, qu'entre 1994-1995 et 2004-2005, les revenus ont augmenté plus rapidement que les dépenses tant pour le gouvernement fédéral que pour le Québec. Ce constat est normal dans le contexte de rétablissement des équilibres financiers qui a prévalu au cours de la période. Malgré cela, les revenus du Québec ont augmenté durant la période en moyenne de plus d'un demi-point de pourcentage en moins que les revenus du gouvernement fédéral. À l'inverse, les dépenses augmentaient d'un point de pourcentage plus vite au Québec qu'au fédéral. Toutefois, les données agrégées du tableau 6 ne permettent pas de déceler pourquoi les revenus et les dépenses de chaque ordre de gouvernement évoluent différemment.

Tableau 6 : Évolution des revenus et des dépenses, de 1994-1995 à 2004-2005¹⁰⁹ (variation annuelle moyenne en pourcentage)

	Fédéral	Québec	Écart
Évolution des revenus totaux	4,3	3,6	- 0,7
Évolution des dépenses totales	1,4	2,4	+ 1,0

Note : Les données ayant servi au calcul pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget fédéral 2004-2005; Budget du Québec 2004-2005; Comptes publics du Canada; comptes économiques provinciaux.

¹⁰⁹ Le montant de revenus totaux du Québec pour l'année 2004-2005 exclut la portion de la péréquation que le gouvernement fédéral verse en vertu du mécanisme de plancher et que le gouvernement du Québec devra rembourser sur une période de cinq ans à compter de 2005-2006.

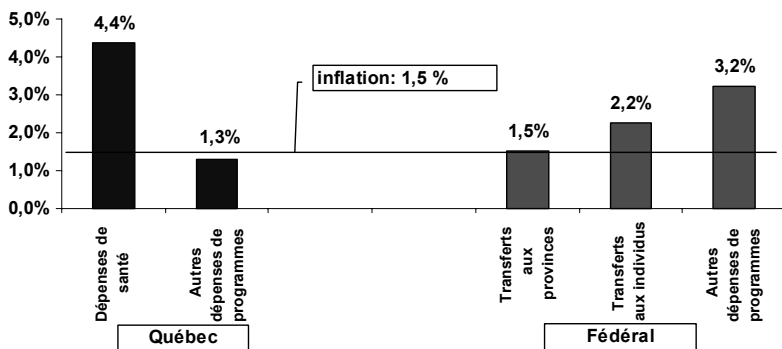
2.2.1. La dynamique des dépenses

Même si le tableau 6 montre une évolution plus rapide des dépenses totales pour le Québec, une analyse plus fine s'avère nécessaire pour déterminer les facteurs expliquant cette évolution. De plus, lorsqu'on compare la croissance des dépenses de santé exposée au graphique 4 avec la croissance des revenus totaux du Québec au tableau 6, on constate que les coûts du système de santé augmentent plus vite que les revenus.

À ce titre, le graphique 4 permet une analyse plus détaillée des dépenses de chaque ordre de gouvernement montrant que pour maintenir la croissance des dépenses à un niveau acceptable et en lien avec la croissance de ses revenus tout en faisant face à l'augmentation des coûts de santé, le Québec doit compresser les dépenses autres que celles liées à la santé. À l'inverse, pour le gouvernement fédéral ce sont les autres dépenses qui augmentent plus rapidement que les transferts aux individus et aux provinces. À cet égard, le graphique 4 montre que la croissance moyenne de toutes les dépenses de programmes à l'exception de la santé a cru moins rapidement que l'inflation. Du côté de l'évolution des dépenses fédérales, le graphique 4 montre que malgré les difficultés financières des provinces pendant la période analysée, les transferts fédéraux aux provinces ont crû beaucoup moins rapidement que les autres dépenses de programmes.

L'histoire récente semble montrer qu'il soit plus difficile de limiter la croissance des dépenses du gouvernement du Québec liées à la fourniture de biens et de services à la population, telles les charges inhérentes aux réseaux de la santé et de l'éducation, que de réviser à la baisse les paramètres des programmes de transferts du gouvernement fédéral, tels le programme d'assurance emploi et le transfert canadien pour la santé et les programmes sociaux.

Graphique 4 : Comparaison de la croissance moyenne des dépenses de santé et des autres dépenses de programmes du Québec avec les transferts aux individus, les transferts aux provinces et les autres dépenses de programmes du Canada, de 1994-1995 à 2004-2005 (en pourcentage)



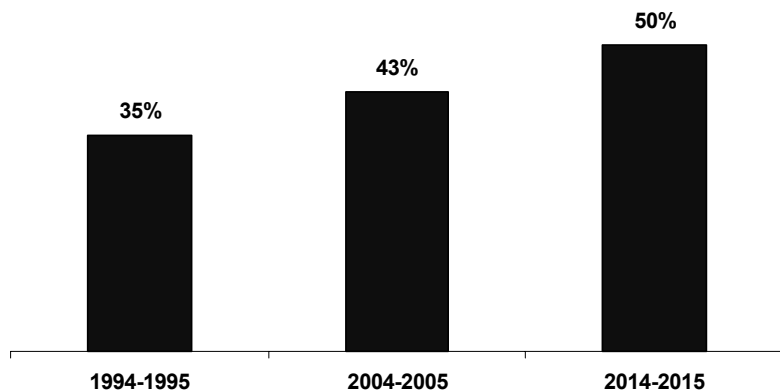
Note : Les données ayant servi au calcul pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget fédéral 2004-2005; Budget du Québec 2004-2005; Comptes publics du Canada; comptes économiques provinciaux.

Le cas spécifique de la croissance des dépenses du système de santé québécois

Le **graphique 5** montre que sur une période de 10 ans, le poids des dépenses de santé dans le total des dépenses de programmes du gouvernement du Québec est passé de 35 % à 43 %. Ce constat est préoccupant puisque la situation des services de santé demeure précaire, malgré les nouvelles injections de fonds. Si le rythme de croissance de la période 1994-1995 à 2004-2005 se maintient au cours des 10 prochaines années, le poids des coûts de santé dans le total des dépenses de programmes atteindra 50 % en 2014-2015. Mais est-il réaliste de penser que l'accroissement des coûts du système de santé va se poursuivre?

Graphique 5 : Poids des dépenses de santé dans le total des dépenses de programmes du Québec et projection, de 1994-1995 à 2014-2015¹¹⁰ (en pourcentage)



Note : Les données ayant servi au calcul pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

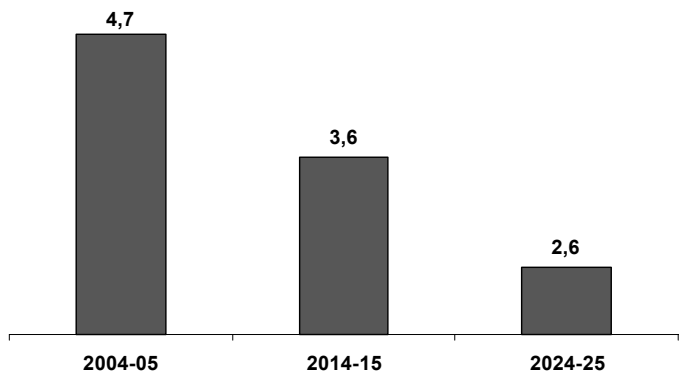
Sources : Budget du Québec 2004-2005; comptes économiques provinciaux.

La croissance du coût du système de santé doit absolument figurer parmi les causes du déséquilibre fiscal. L'augmentation des dépenses de santé s'explique par l'acquisition des nouvelles technologies médicales, l'arrivée de nouveaux médicaments ainsi que le vieillissement de la population. Le seul fait que la population québécoise vieillisse rapidement accentuera la pression sur les coûts du système de santé. Comme l'illustre le graphique 6, l'évolution du poids de la population âgée de 20 à 64 ans sur la population de 65 ans et plus passera de 4,7 à 3,6, ce qui signifie qu'une plus faible proportion de personnes en âge de travailler pourra financer les dépenses de l'État. De son côté, le graphique 7 répartit le coût annuel moyen des dépenses de santé par habitant par groupe d'âge. Ce graphique laisse clairement entrevoir l'impact qu'aura le vieillissement de la population sur les dépenses de santé.

¹¹⁰ Pour l'année 2014-15, notre calcul est basé sur la projection au cours des 10 prochaines années des taux de croissance de la période 1994-1995 à 2004-2005, soit un taux annuel de croissance de 4,4 % pour les dépenses de santé et de 1,3 % pour les autres dépenses de programmes.

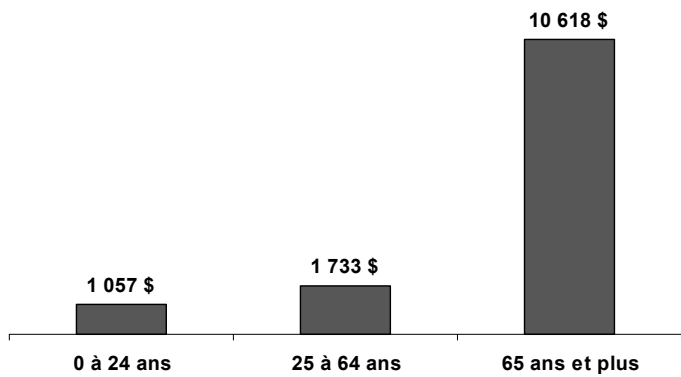
Par exemple, selon nos calculs, la simple application de la structure démographique prévue dans 10 ans à la répartition actuelle des dépenses de santé selon l'âge nécessiterait un ajout de 2,8 G\$. Ainsi, sans égard aux coûts des nouvelles technologies et des nouveaux médicaments ou à l'augmentation des salaires du personnel hospitalier, le simple vieillissement de la population, à système de santé constant, génèrera en 10 ans une pression de près de 15 % sur les coûts du système de santé.

Graphique 6 : Ratio de la population âgée de 20 à 64 ans sur la population de 65 ans et plus



Source : Statistique Canada, CANSIM 052-0001.

Graphique 7 : Répartition des dépenses de santé par habitant selon le groupe d'âge au Canada, année 2004-2005



Source : Conference Board du Canada (2004a).

L'accélération du vieillissement de la population et son impact sur les dépenses de santé par habitant portent à croire que la prévision de croissance des dépenses de santé est très conservatrice¹¹¹. Le rythme actuel de croissance de la structure des dépenses, c'est-à-dire une forte croissance des dépenses de santé et une croissance inférieure à l'inflation pour l'ensemble des autres dépenses de programmes au Québec, ne pourra pas être soutenu très longtemps. Ironiquement, en 1981, un groupe de travail de la Chambre des communes indiquait que :

« [...] la mise sur pied d'un système complet et à financement public de soins médicaux, hospitaliers et complémentaires de santé est une réalisation importante de la société canadienne, une réalisation qui représente l'aboutissement d'une longue lutte menée pour la concrétisation d'un idéal adopté et défendu par de nombreux citoyens et dirigeants politiques canadiens. Le Groupe de travail est d'avis que cette réalisation pourrait être compromise par une réduction du niveau global actuel du soutien fédéral, laquelle risquerait d'entraîner un recours accru au financement privé et, en fin de compte, une augmentation des coûts des soins de santé et une détérioration des conditions de programme¹¹² ».

Rien ne permet d'imaginer pareille situation dans la structure des programmes de dépenses fédérales. Par exemple, le principal poste de dépenses du gouvernement fédéral est la sécurité de la vieillesse. Pour l'année 2004-2005, il représente moins de 19 % de l'ensemble des programmes de dépenses fédérales¹¹³.

2.2.2. L'occupation des champs fiscaux

Même s'il a été montré que l'accès aux sources de taxation permis par la constitution canadienne ne semblait pas être une source de déséquilibre fiscal au sein de la fédération, l'analyse ne peut faire fi de l'évolution historique de l'occupation effective des champs fiscaux. Il ressort de la constitution

¹¹¹ D'ailleurs, le Conference Board du Canada indique dans une étude parue en novembre 2003 que le taux de croissance annuel moyen des dépenses publiques pour les soins de santé des provinces est estimé à 5,3 % pour la période 2001-2020. Pour plus de détails, voir : CONFERENCE BOARD DU CANADA, *Canada's Public Health Care System Through to 2020 : Challenging Provincial and Territorial Financial Capacity*, 2003.

¹¹² GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *op. cit.*, note 12, p. 125.

¹¹³ GOUVERNEMENT DU CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2004*, Ottawa, 2004a, p. 74.

canadienne que les principaux champs de taxation ne sont pas des sources exclusives de revenus pour l'un ou l'autre des ordres de gouvernement. Les impôts sur le revenu des particuliers, sur le bénéfice des sociétés ainsi que les taxes à la consommation sont disponibles aux deux ordres de gouvernement. Ils se partagent donc l'accès à une même source de revenu. Ainsi, si l'un des ordres de gouvernement domine un champ de taxation, il en découle une limitation à utiliser ce champ de taxation pour l'autre ordre de gouvernement. Par apagogie, si en l'absence de taxation du revenu par les provinces, le gouvernement fédéral avait par le passé mis en place un impôt dont le taux maximal atteignait 50 %, puisque les impôts fédéral et provincial sur le revenu sont payés en définitive par un même contribuable, aucune province n'aurait pu par la suite implanter un impôt sur le revenu pouvant atteindre 50 % du revenu gagné. Le potentiel de taxation doit être analysé globalement, étant donné qu'il est limité par ce qu'un même contribuable peut assumer. Ainsi, l'espace occupé par le gouvernement fédéral lui procure une position dominante et limite donc la capacité du gouvernement du Québec à ajuster la croissance de ses revenus à la dynamique des dépenses que nous avons évoquée dans la section précédente.

Est-ce que l'occupation des champs fiscaux avantage l'un ou l'autre des ordres de gouvernement? *A priori*, le tableau 7 semble indiquer que non, puisque la croissance des revenus autonomes est quasi identique au cours des 10 dernières années. Toutefois, il est permis de croire que la baisse d'impôt de 100 G\$ sur cinq ans annoncée en 2000 a eu pour effet de ralentir la croissance des revenus fédéraux.

Le tableau 8 montre l'occupation effective des champs fiscaux au Québec. Au sein des quatre principaux champs de taxation, le gouvernement fédéral occupe une position dominante quant à l'imposition du revenu des particuliers et à l'imposition des sociétés. De son côté, le Québec s'accapare une plus grande part de la taxation de la consommation. Considérant que le gouvernement fédéral s'accapare une plus grande part de l'impôt sur le revenu et que cette part possède le potentiel de croissance le plus lucratif, le gouvernement fédéral semble légèrement avantagé par l'occupation des champs fiscaux.

Tableau 7 : Évolution des revenus autonomes, de 1994-1995 à 2004-2005 (variation annuelle moyenne en pourcentage)

	fédéral	Québec	Écart (%)
Évolution des revenus autonomes	4,34	4,43	+0,09

Note : Les données ayant servi au calcul pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget fédéral 2004-2005; Budget du Québec 2004-2005; Comptes publics du Canada; comptes économiques provinciaux.

Tableau 8 : Occupation effective des champs fiscaux au Québec en 2002¹¹⁴ (en pourcentage)

	fédéral	Québec	Total
Impôt sur le revenu des particuliers	56,8	43,2	100
Impôts des sociétés	58,3	41,7	100
Taxes à la consommation	44,6	55,4	100
Taxes sur la masse salariale	50,8	49,2	100

Source : Comptes économiques des revenus et des dépenses du Québec (2004).

2.2.3. La dépendance aux transferts fédéraux

Les transferts fédéraux s'ajoutent aux revenus autonomes des provinces pour déterminer leurs revenus totaux. La dépendance aux transferts fédéraux est un autre élément à considérer pour déterminer si le déséquilibre est de nature budgétaire. Ainsi, lorsque le gouvernement fédéral procède unilatéralement à des modifications dans le calcul des transferts aux provinces ayant pour effet de réduire la contribution fédérale, il accentue le déséquilibre de nature budgétaire découlant de la dynamique des dépenses et de la capacité à mobiliser des ressources.

Le tableau 9 montre la variation des transferts fédéraux entre 1994-1995 et 2004-2005. *A priori*, ces données indiquent une augmentation de plus de 6 G\$ des transferts fédéraux, générant une croissance de plus de 23 %. Toutefois, les données globales cachent différents éléments qui méritent

¹¹⁴ Étant donné que la valeur de l'abattement spécial du Québec de 16,5 % du Québec est tenue en compte dans l'établissement du TCSPS, nous avons appliqué sa valeur au gouvernement fédéral.

analyse, telles la dichotomie entre l'évolution des sommes versées au Québec et aux autres provinces, les variations annuelles des transferts ainsi que leur part dans le total des dépenses de programmes des provinces. Cependant, les tableaux 10 et 11 montrent que l'augmentation des transferts fédéraux ne s'est pas répartie également entre les provinces. Pendant que les transferts fédéraux aux titres de la péréquation et du TCSPS augmentaient de 2,7 % au Québec, l'augmentation atteignait 34,4 % pour l'ensemble des autres provinces canadiennes. Ainsi, alors que la péréquation diminuait de 5,1 % au Québec, elle augmentait de 27,1 % pour les autres provinces bénéficiaires. De son côté, le TCSPS augmentait de 8,3 % au Québec comparativement à 37,0 % dans les autres provinces. Nul doute que les modifications apportées à la méthode de répartition du TCSPS en laissant tomber la notion de besoins pour ne prendre en compte que le poids démographique ont particulièrement nui au Québec.

Tableau 9 : Évolution des principaux transferts fédéraux (en M\$)

	1994-1995	2004-2005	Écart
Transferts canadiens en matière de santé et de programmes sociaux (TCSPS)	18 719	24 050	28,5 %
Péréquation	8 607	9 660	12,2 %
Total	27 326	33 710	23,4 %

Notes : Le montant de péréquation est basé sur les droits constatés. Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget fédéral 2004-2005; Comptes publics du Canada; Site Internet du ministère des Finances du Canada.

Tableau 10 : Évolution des principaux transferts fédéraux au Québec¹¹⁵
(en M\$)

	1994-1995	2004-2005	Écart
Transferts canadiens en matière de santé et de programmes sociaux (TCSPS)	5 550	6 010	8,3 %
Péréquation	3 965	3 761	- 5,1 %
Total	9 515	9 771	2,7 %

Notes : Le montant de péréquation est basé sur les droits constatés. Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget du Québec 1995-1996 et 2004-2005, site Internet du ministère des Finances du Canada.

Tableau 11 : Évolution des principaux transferts fédéraux pour les autres provinces canadiennes (en M\$)

	1994-1995	2004-2005	Écart
Transferts canadiens en matière de santé et de programmes sociaux (TCSPS)	13 169	18 040	+ 37,0 %
Péréquation	4 642	5 899	+ 27,1 %
Total	17 811	23 939	+ 34,4 %

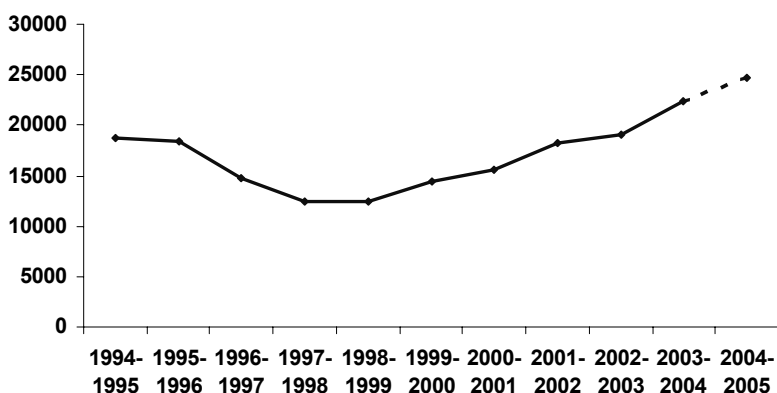
Notes : Le montant de péréquation est basé sur les droits constatés. Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget fédéral 2004-2005; Comptes publics du Canada; site Internet du ministère des Finances du Canada.

Même si aujourd'hui les transferts fédéraux sont plus élevés qu'il y a 10 ans, la variation annuelle des transferts cause cependant bien des problèmes à l'équilibre des finances publiques des provinces. Le graphique 8 montre que l'évolution du TCSPS est loin d'être stable au fil des années.

¹¹⁵ Les montants versés en vertu du TCSPS incluent la valeur de l'abattement spécial du Québec et les montants inscrits dans les fiducies fédérales ainsi que les sommes afférentes. De plus, compte tenu que le gouvernement fédéral utilise une comptabilité d'exercice alors que le gouvernement du Québec utilise une comptabilité de caisse, les données sont présentées sur une base d'exercice. Il peut en résulter des écarts entre les données fournies ici et celles présentées dans les budgets du Québec.

Graphique 8 : Évolution du TCSPS (en M\$)



Note : Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget fédéral 2004-2005; Comptes publics du Canada.

Malgré l'augmentation des transferts fédéraux, le poids de ceux-ci a diminué dans la couverture des dépenses de programmes des provinces. Le tableau 12 montre que les dépenses des provinces liées à la santé, à l'éducation et aux services sociaux ont augmenté de 47 G\$ pendant que le transfert fédéral à ce titre augmentait de 5,4 G\$. C'est donc dire que le TCSPS augmente nettement moins que les dépenses qu'il est censé couvrir.

Tableau 12 : Évolution du TCSPS et des dépenses des provinces en santé, en éducation et en services sociaux (G\$)

	1994-1995	2004-2005	Variation
Transferts canadiens en matière de santé et de programmes sociaux (TCSPS)	18,7	24,1	5,4
Dépenses des provinces en santé, en éducation et en services sociaux	103,7	150,7	47,0

Note : Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget fédéral 2004-2005; Budget du Québec 2004-2005; comptes économiques provinciaux.

Constats sur un possible déséquilibre fiscal de nature budgétaire

La présence de dépenses plus difficilement compressibles au sein de la structure de dépenses des provinces, telle la santé, conjuguée à la révision à la baisse du financement fédéral par l'intermédiaire du TCSPS, peut expliquer l'évolution opposée des équilibres financiers dans la fédération canadienne. La situation particulièrement difficile qu'a connue le Québec a été exacerbée par le remplacement de la prise en compte des besoins par la simple base *per capita* dans l'établissement de la valeur du TCSPS.

Clairement, la diminution en importance des transferts fédéraux semble avoir été un catalyseur, fragilisant ainsi la situation budgétaire des provinces. Lorsqu'on ajoute les fluctuations des transferts fédéraux à la dynamique d'accroissement des dépenses des provinces et à l'occupation des champs fiscaux par le gouvernement fédéral, la présence d'un déséquilibre de nature budgétaire se confirme.

Cette section cherchait à identifier la provenance du déséquilibre fiscal. Il ressort clairement qu'une bonne part du déséquilibre fiscal serait de nature politique, alors que ses conséquences se sont fait sentir sur le plan budgétaire. Dans ce contexte, tout semble en place pour discuter de la présence d'un déséquilibre fiscal au sein de la fédération canadienne.

3. LA RECONNAISSANCE DU DÉSÉQUILIBRE FISCAL : LES ARGUMENTS UTILISÉS POUR L'ILLUSTRER OU POUR NIER SON EXISTENCE

Le débat entourant la reconnaissance d'un déséquilibre fiscal, compte tenu des enjeux financiers qui en relèvent, s'est rapidement transformé en chicane fédérale-provinciale.

Qu'on reconnaisse ou non l'existence d'un déséquilibre fiscal, les arguments utilisés tant par le gouvernement fédéral que pour ceux des provinces tournent toujours autour des cinq paramètres suivants :

- le contrôle des dépenses publiques;
- la présence de surplus budgétaires;
- le poids de la dette;
- la valeur des transferts financiers aux provinces;
- le prélèvement des impôts.

Chacun de ces volets sera repris en mettant en perspective les arguments invoqués par chacun des ordres de gouvernement. L'encadré 2 recense les arguments en présence.

Encadré 2 : Arguments utilisés pour illustrer la présence d'un déséquilibre fiscal ou pour nier son existence

Arguments invoqués par le gouvernement fédéral :

- Les dépenses fédérales ont dû être réduites pour équilibrer le budget.
- Les provinces ont éliminé leur déficit, tout en augmentant leurs dépenses.
- Les provinces font maintenant des surplus.
- Les surplus récents du gouvernement fédéral sont petits, si on les compare aux déficits des années passées.
- La dette fédérale est supérieure à celle des provinces.
- Les transferts aux provinces ont été accrus.
- Les provinces jouissent d'une grande autonomie fiscale.
- Les provinces ont un accès exclusif à certaines sources de revenus en croissance.
- Les provinces ont éliminé leur déficit, tout en baissant leurs impôts.
- Les provinces ont la possibilité d'augmenter leurs revenus si elles jugent qu'elles ne disposent pas de ressources suffisantes pour financer leurs responsabilités.

Arguments invoqués par le gouvernement du Québec et ceux des autres provinces :

- Les besoins sont à Québec alors que l'argent est à Ottawa.
- Les réductions des dépenses fédérales se sont faites par des coupures aux provinces ou par des coupures aux programmes sociaux, créant des pressions sur les finances publiques des provinces.
- Le coût du service de la dette fédérale est moins coûteux que celui des provinces.
- Les transferts fédéraux sont inadéquats.

3.1. LE CONTRÔLE DES DÉPENSES PUBLIQUES

À partir de 1994-1995, tant le gouvernement fédéral que les provinces ont fait des efforts marqués pour reprendre le contrôle de leurs dépenses et assainir ainsi leurs finances publiques.

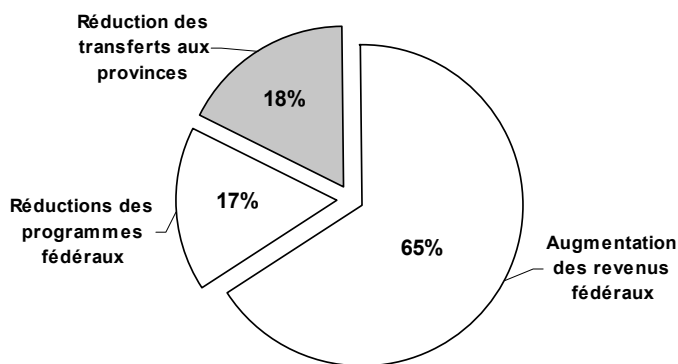
La période 1994-1995 à 1997-1998 se caractérise par de fortes compressions budgétaires du gouvernement fédéral en vue d'équilibrer son budget. Les choix budgétaires fédéraux ont eu un effet direct sur la situation budgétaire des provinces. C'est peut-être là que l'on voit poindre les principales causes du déséquilibre fiscal actuel. À ce titre, Lazar, St-Hilaire et Tremblay (2004) soulignent que « many of the measures undertaken by the federal government over the past two decades to restore its budget balance, and make it less vulnerable on the expenditure side, have had the opposite effect on the provinces¹¹⁶ ».

3.1.1. L'évolution des dépenses fédérales

Le gouvernement fédéral argumente que pour équilibrer son budget, il n'avait d'autre choix que de réduire ses dépenses. Ce qu'il a fait, mais la réduction des dépenses ne peut expliquer à elle seule le rééquilibrage des finances publiques fédérales puisque la principale composante de l'élimination du déficit est, comme le montre le graphique 9, l'augmentation des revenus fédéraux. En outre, le graphique 9 montre également que la réduction des dépenses de programmes fédéraux est plus faible que la réduction des transferts aux provinces, ce qui illustre la contribution des provinces à l'assainissement des finances publiques fédérales.

¹¹⁶ F. ST-HILAIRE, H. LAZAR et autres, (2004), *op. cit.*, note 13.

Graphique 9 : Composantes de l'élimination du déficit fédéral, de 1994-1995 à 1997-1998



Source : Colombie-Britannique, Budget 1998, section F.

Les provinces répondent à l'argument fédéral sur la nécessité de réduire ses dépenses pour rééquilibrer son budget, que ces réductions se sont faites par des coupes dans les transferts aux provinces ou par des diminutions dans le financement des programmes sociaux créant des pressions sur les finances publiques des provinces. Le tableau 13 illustre bien comment se sont réparties les compressions dans les dépenses fédérales au cours de la période 1994-1995 à 1997-1998. Pendant que les transferts fédéraux aux provinces aux titres de la santé et des programmes sociaux baissaient de 33 %, les sommes versées au titre de l'assurance emploi chutaient de 20 % alors que les autres dépenses fédérales augmentaient de 1 %.

Tableau 13 : Concentration des compressions dans les dépenses fédérales, de 1994-1995 à 1997-1998 (en M\$)

	1994-1995	1997-1998	Variation
TCSPS	18 719	12 500	-33 %
Assurance emploi	14 815	11 842	-20 %
Autres dépenses fédérales	73 805	74 518	1 %

Note : Les « autres dépenses fédérales » comprennent l'ensemble des dépenses du gouvernement fédéral à l'exception des transferts fédéraux aux provinces, du service de la dette et de l'assurance emploi.

Source : Comptes publics du Canada.

Clairement, les choix budgétaires fédéraux n'ont pas été neutres sur les budgets des provinces. En plus des diminutions marquées du TCSPS qui ont affecté directement la situation financière des provinces, les compressions dans le programme d'assurance emploi ont eu des effets indirects sur leurs programmes d'aide sociale. La transformation du programme d'assurance-chômage en programme d'assurance emploi a été l'occasion pour le gouvernement fédéral de resserrer les critères d'admissibilité, avec comme résultat que bon nombre de chômeurs n'ont plus droit à l'assurance emploi et se retrouvent à l'aide sociale financée par le gouvernement du Québec. La réforme de l'assurance emploi a ainsi permis de faire passer le programme d'un mode d'autofinancement à une source de recettes pour le gouvernement fédéral. Fait pour le moins paradoxal, les surplus générés par la caisse de l'assurance emploi à la suite de la réforme, servent à financer le budget fédéral, alors qu'une partie des charges a été indirectement transférée aux provinces.

La réduction de 20 % du coût du régime de l'assurance emploi porte sur le budget total du régime, ce dernier comprenant différents sous-programmes tel le congé parental. Lorsque l'analyse porte spécifiquement sur les prestations versées aux personnes ayant perdu leur emploi au Québec, la diminution des sommes versées passe à 24 % entre 1994-1995 et 1997-1998¹¹⁷. Une amélioration de la situation de l'emploi peut partiellement expliquer cette diminution, mais une part non négligeable provient du fait que des personnes sans emploi ne sont plus admissibles à l'assurance emploi et se retrouvent à l'aide sociale, augmentant les sommes consacrées à ce programme, malgré une amélioration du contexte économique.

3.1.2. L'évolution des dépenses des provinces

Toujours en matière de contrôle des dépenses publiques, le gouvernement fédéral mentionne que les provinces ont réussi à éliminer leur déficit, tout en continuant à augmenter leurs dépenses. Ici, l'argument fédéral est tronqué, puisque d'une part, les provinces n'ont pas vraiment réussi à éliminer leur déficit¹¹⁸, et d'autre part, l'augmentation des dépenses des provinces découle davantage de leur incompressibilité que de motivations provinciales à accroître l'intervention de l'État¹¹⁹.

¹¹⁷ Notre calcul à partir de Statistique Canada, tableaux Cansim 276-0005 et 385-0001.

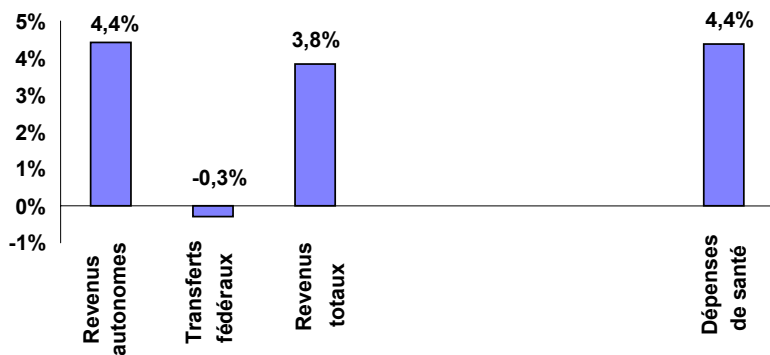
¹¹⁸ *Infra*, tableau 15, p. 17:61.

¹¹⁹ *Supra*, section 2.2.1., p. 17:44.

C'est d'ailleurs par rapport à cet argument fédéral que le Québec donne sa réponse la plus politique en affirmant que les besoins sont à Québec alors que l'argent est à Ottawa. Essentiellement, la portion de l'argumentaire portant sur « l'argent est à Ottawa » repose sur les huit années consécutives de surplus budgétaires au fédéral¹²⁰ et une croissance plus rapide des revenus totaux du gouvernement fédéral que de ceux du Québec¹²¹. En ce qui concerne « les besoins sont à Québec », l'augmentation des coûts de santé semble, à elle seule, répondre à cette affirmation.

Sur une période de 10 ans, le graphique 10 montre comment s'est répartie l'évolution de la croissance moyenne des recettes du gouvernement du Québec par rapport aux dépenses de santé. Pendant que les transferts fédéraux affectaient à la baisse la croissance des revenus totaux, les dépenses de santé connaissaient un rythme de croissance supérieure aux revenus totaux.

Graphique 10 : Évolution de la croissance moyenne des recettes et des dépenses de santé du gouvernement du Québec, de 1994-1995 à 2004-2005 (en pourcentage)



Notes : Les données sont présentées selon la comptabilité de caisse du gouvernement du Québec. Les transferts fédéraux ne comprennent que la péréquation et le TCSPS. Les données ayant servi au calcul pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget du Québec 2004-2005; comptes économiques provinciaux; site Internet du ministère des Finances du Canada.

¹²⁰ *Supra*, graphique 1, p. 17:14.

¹²¹ *Supra*, tableau 6, p. 17:43.

Le tableau 14 illustre de façon éloquent la relation inverse entre l'accroissement des coûts de santé et la diminution des versements fédéraux à l'égard de la santé. Ainsi, au cours des 10 dernières années, pendant que les coûts de santé du Québec augmentaient de plus de 53 %, le TCSPS versé au Québec par le gouvernement fédéral augmentait d'à peine 8 %.

Tableau 14 : Évolution réelle des versements fédéraux à l'égard de la santé et des dépenses de santé du Gouvernement du Québec¹²² (en G\$)

Programme	1994-1995	1995-1996	1996-1997	1997-1998	1998-1999	1999-2000	2000-2001	2001-2002	2002-2003	2003-2004	2004-2005	Variation 10 ans
TCSPS	5,6	5,5	4,5	3,9	3,9	4,0	4,2	4,7	4,8	5,5	6,0	+ 8,3 %
Santé	13,1	13,0	12,9	12,9	14,6	14,8	16,1	17,2	17,9	19,1	20,1	+ 53,6 %

Note : Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget fédéral 2004-2005; Budget du Québec 2004-2005; Comptes publics du Canada; comptes économiques provinciaux.

Constats sur le contrôle des dépenses publiques

La facilité avec laquelle le gouvernement fédéral a pu résorber son impasse budgétaire et équilibrer son budget ne peut s'expliquer totalement par la simple amélioration du contrôle de ses dépenses. L'évolution récente a montré que la structure des dépenses fédérales, dont une grande partie est composée de transferts aux provinces et aux particuliers, peut plus facilement être modifiée à la baisse que les dépenses provinciales, dont la santé constitue l'exemple le plus éloquent. Enfin, comment passer sous silence que pour réduire son déficit, le gouvernement fédéral a davantage réduit ses transferts financiers aux provinces que ses dépenses de programmes. Aux yeux des provinces, ceci a été considéré comme un « pelletage » d'une partie du déficit fédéral dans leur cour.

3.2. LA PRÉSENCE DE SURPLUS BUDGÉTAIRES

Le contrôle des dépenses publiques, exposé au point précédent, a eu pour effet de permettre, à la fin des années 1990, l'apparition de surplus budgétaires pour le gouvernement fédéral et un certain nombre de provinces.

¹²² Les données du TCSPS sont présentées selon la comptabilité d'exercice du gouvernement fédéral alors que les dépenses de santé sont présentées selon la comptabilité de caisse du gouvernement du Québec. De plus, le TCSPS comprend l'abattement spécial du Québec.

3.2.1. La répartition des surplus

En 2001, pour contrer le rapport de la Commission sur le déséquilibre fiscal, le gouvernement fédéral a argumenté que les provinces aussi faisaient maintenant des surplus budgétaires. Pour y parvenir, le gouvernement fédéral considérerait la situation globale de l'ensemble des provinces, sans égard aux situations individuelles et à l'impact des surplus de l'Alberta dans les résultats globaux.

Le tableau 15 montre clairement que pour le dernier exercice budgétaire, cet argument ne tient plus la route. Pendant que le gouvernement fédéral réalise un surplus budgétaire de 5,5 G\$, la situation globale des provinces est déficitaire de 5,3 G\$. En outre, malgré que quatre provinces ne soient pas en situation déficitaire, il faut noter que les surplus sont presque exclusivement concentrés en Alberta. En excluant le surplus budgétaire de l'Alberta, qui atteint à lui seul 3,3 G\$, les déficits provinciaux atteignent 8,7 G\$.

Tableau 15 : Soldes budgétaires des provinces (en M\$)

	2003-2004
<i>Fédéral</i>	5 500
<i>Provinces et territoires</i>	
Terre-Neuve-et-Labrador	- 827
Île-du-Prince-Édouard	- 53
Nouvelle-Écosse	- 22
Nouveau-Brunswick	8
Québec	- 364
Ontario	- 5 621
Manitoba	5
Saskatchewan	0
Colombie-Britannique	- 1 644
Yukon	- 15
Territoires du Nord-Ouest	- 83
Nunavut	- 50
Total sans l'Alberta	- 8 666
Alberta	3 327
Ensemble des provinces	- 5 339

Sources : Comptes publics du Canada; Budget du Québec 2004-2005.

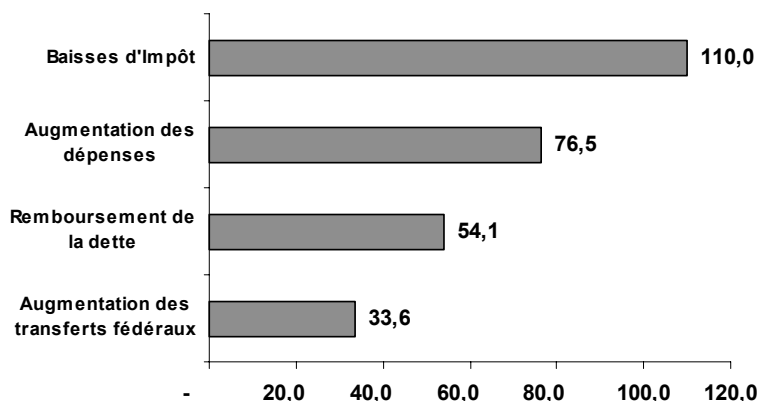
3.2.2. L'ampleur des surplus

Pour réduire l'importance de ses surplus budgétaires, le gouvernement fédéral aime également rappeler qu'ils sont petits lorsqu'on les compare aux déficits qu'il a subis par le passé. Il est vrai que l'ampleur des déficits budgétaires réalisés dans les années 1980 et au début des années 1990 dépasse les surplus budgétaires réalisés au cours des dernières années. Cependant, la simple comparaison des soldes budgétaires de la période 1997-1998 à 2004-2005 avec ce qui prévalait auparavant est-elle pertinente à l'analyse des surplus budgétaires? Il est permis d'en douter. D'abord, plusieurs études montrent que les surplus fédéraux continueront de s'accroître pour atteindre des niveaux records¹²³. En outre, il n'y a rien d'anormal dans le fait que les surplus budgétaires actuels soient inférieurs aux déficits budgétaires passés. En effet, il est plus facile de réagir rapidement à la présence d'un surplus budgétaire, en baissant les impôts ou en augmentant les dépenses, que de mettre en place les correctifs nécessaires aux déficits. De plus, même si pendant plus d'une dizaine d'années, le gouvernement fédéral a connu des déficits budgétaires d'environ 30 G\$ annuellement, il semble peu envisageable qu'il puisse engranger des surplus budgétaires de la même ampleur pendant quelques années consécutives sans que des groupes de pression réclament des ajustements aux dépenses et aux revenus de l'État. Dans ce contexte, l'argument fédéral fondé sur la petitesse des surplus actuels par rapport aux déficits précédents ne semble guère fondé.

À ce titre, le graphique 11 montre comment, depuis que le gouvernement fédéral a équilibré son budget en 1997-1998, s'est réparti sa capacité financière excédentaire. Les deux principales formes d'utilisation ont été la création de nouvelles dépenses et la diminution des impôts. Le remboursement de la dette occupe la troisième place. Enfin, l'augmentation des transferts fédéraux se classe en dernière place.

¹²³ Il s'agit notamment des études suivantes : Giuseppe C. RUGGERI, *A Federation Out of Balance*, Update: 2001; CONFERENCE BOARD DU CANADA, *Projections des équilibres financiers des gouvernements du Canada et des provinces et territoires*, mise à jour : février 2004; CONFERENCE BOARD DU CANADA, *Fiscal Prospects for the Federal and Provincial/Territorial Governments*, Update: august 2004.

Graphique 11 : Utilisation des surplus fédéraux, de 1997-1998 à 2004-2005 (en G\$)



Sources : Budget fédéral 2004-2005; Budget du Québec 2004-2005; Comptes publics du Canada.

Constats sur la présence de surplus budgétaires

La seule présence de surplus budgétaires pour les deux ordres de gouvernement, les provinces étant prises dans leur ensemble, n'est pas suffisante pour nier le déséquilibre fiscal. Autrement dit, tant et aussi longtemps que certaines provinces présenteront une situation budgétaire plus ou moins équilibrée pendant qu'une ou deux provinces seront en présence d'importants surplus budgétaires, le solde positif de l'ensemble des provinces peut néanmoins voiler la présence d'un déséquilibre fiscal. Il en va de même avec l'utilisation par le gouvernement fédéral de ses surplus budgétaires appréhendés pour réaliser de nouvelles initiatives. Enfin, alors que tout indique que rien ne viendra bouleverser les surplus fédéraux dans un proche avenir, les provinces ont de la difficulté à garder le cap sur l'équilibre budgétaire et les pressions sur leurs dépenses ne jouent pas en leur faveur.

3.3. LE POIDS DE LA DETTE

Bien évidemment, le poids de la dette représentant la somme des déficits budgétaires passés fait en sorte qu'il existe un lien direct entre les déficits et les surplus budgétaires et la dette accumulée des deux ordres de gouvernement. Un autre élément fondamental à prendre en compte lorsqu'il s'agit d'analyser le poids de la dette est que même si chacun des ordres de

gouvernement possède une dette propre, au bout du compte, ce sont les mêmes contribuables qui sont mis à contribution pour la financer.

3.3.1. La répartition de la dette

Le gouvernement fédéral utilise souvent l'argument voulant que le poids de sa dette soit supérieur à celui des provinces pour nier la présence d'un déséquilibre fiscal. Il est vrai que la dette fédérale est plus élevée que la dette combinée des provinces. Cependant, la dette fédérale actuelle de 500 G\$ est en diminution par rapport à son sommet de 563 G\$, soit une chute de plus de 11 %¹²⁴. À l'inverse, la dette totale des provinces continue de s'accroître, passant au cours des 10 dernières années, de 210 G\$ à plus de 295 G\$, soit une hausse de 40 %¹²⁵.

À ce titre, le graphique 12 montre qu'entre 1994-1995 et 2004-2005, le ratio de la dette sur le PIB est passé de 68 % à 40 %¹²⁶. Selon les prévisions du ministère des Finances du Canada, ce ratio sera de 25 % dans 10 ans¹²⁷. Bien évidemment, la diminution de la dette entraîne une diminution des frais de la dette, ce qui permet une réallocation des ressources fédérales vers d'autres priorités.

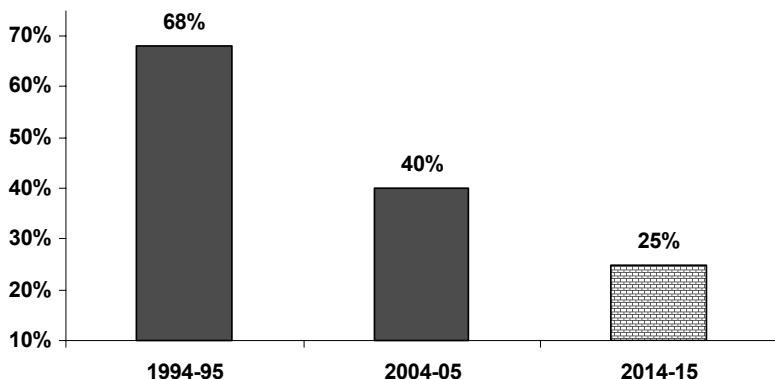
¹²⁴ GOUVERNEMENT DU CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 113, p. 55.

¹²⁵ Notre calcul a été effectué à partir des comptes économiques provinciaux 2004 et des budgets provinciaux 2004-2005.

¹²⁶ GOUVERNEMENT DU CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 113, p. 55.

¹²⁷ *Id.*

Graphique 12 : Évolution de la dette fédérale en pourcentage du PIB et projection, de 1994-1995 à 2014-2015 (en pourcentage)



Note : Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget fédéral 2004-2005; Comptes publics du Canada.

3.3.2. Le service de la dette

Alors que le gouvernement fédéral utilise l'argument du poids de la dette, les provinces optent plutôt pour le coût du service de la dette, qui serait moins coûteux pour le gouvernement fédéral que pour les provinces. Leur explication tient au fait que la cote de crédit octroyée à la dette du gouvernement fédéral est plus avantageuse que les cotes de crédit liées aux dettes des provinces.

Étant donné que la dette du gouvernement fédéral est constituée en grande partie par des obligations de toutes sortes¹²⁸ et à partir des cotes de crédit des différents gouvernements, nous tenterons d'exposer le coût du service de la dette et l'impact d'un remboursement.

¹²⁸ MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA, Composition de la dette, (en ligne : http://www.fin.gc.ca/invest_x/comp_f.asp).

Tableau 16 : Cote de crédit des gouvernements et écart sur les obligations de 10 ans (en points de base)

	Cote (S&P)	Écart sur les obligations de 10 ans
Gouvernement fédéral	AAA	—
Alberta	AA+	0,29
Ontario	AA-	0,38
Colombie-Britannique	AA-	0,44
Manitoba	AA-	0,44
Nouveau-Brunswick	AA-	0,47
Saskatchewan	A+	0,45
Québec	A+	0,55
Nouvelle-Écosse	A-	0,59
Terre-Neuve	A-	0,60

Notes : Écarts par rapport aux obligations fédérales (en points de base).
S&P : Standard and Poor's.

Source : Commission sur le déséquilibre fiscal (2002a).

Si nous prenons, par exemple, une dette de 1 G\$ et que, respectivement, nous convenons que celle-ci soit la dette de l'une des provinces ci-dessus mentionnées ou bien du fédéral, à combien se chiffrerait la somme épargnée, en termes d'intérêts, représentée par le paiement de la dette de l'une des provinces par rapport au paiement de la dette du gouvernement central?

Nous considérerons qu'il s'agit d'obligations négociables sur le marché. Ainsi, l'écart en points de base représentera un intérêt supplémentaire que la province devra verser sur le ou les coupons des obligations. Par exemple, un écart de 29 points de base indique 0,29 % de plus sur le coût d'emprunt. Nous considérerons également qu'il s'agit d'un intérêt simple et non composé. En conséquence, pour 1 G\$, les montants présentés au tableau 17 seraient économisés.

Tableau 17 : Coût additionnel du service de la dette (en M\$)

	Coût additionnel par tranche de 1 G\$ de dette (10 ans)
Alberta	29
Ontario	38
Colombie-Britannique	44
Manitoba	44
Nouveau-Brunswick	47
Saskatchewan	45
Québec	55
Nouvelle-Écosse	59
Terre-Neuve	60

Constats sur le poids de la dette

Même si la dette fédérale est de loin supérieure à la dette cumulée des provinces, le gouvernement fédéral ne peut se cacher derrière cet argument pour justifier sa marge de manœuvre excédentaire que si, après débat public, il se sert de cette dernière pour procéder au remboursement de sa dette. Or, il n’y a pas encore eu de débat public sur le remboursement de la dette et la majorité de la marge de manœuvre dégagée par le gouvernement fédéral sert à financer de nouvelles initiatives ou à réduire ses impôts. De plus, le remboursement de la dette et la diminution des sommes consacrées au paiement du service de la dette qu’il permet dégagent des ressources additionnelles que le gouvernement fédéral peut réaffecter vers d’autres priorités. Enfin, du point de vue des contribuables, la concentration des remboursements de la dette fédérale et l’absence de remboursement de la dette des provinces constituent une mauvaise décision économique puisque cela équivaut à rembourser la dette la moins coûteuse.

3.4. LA VALEUR DES TRANSFERTS FINANCIERS AUX PROVINCES

3.4.1. L’évolution des transferts fédéraux

Le gouvernement fédéral mentionne fréquemment qu’il a récemment accru ses transferts aux provinces. Il est vrai que les transferts fédéraux ont fait l’objet de majoration, mais nous avons aussi vu que ces hausses de transferts n’ont pas été également réparties entre les provinces¹²⁹. Pour le

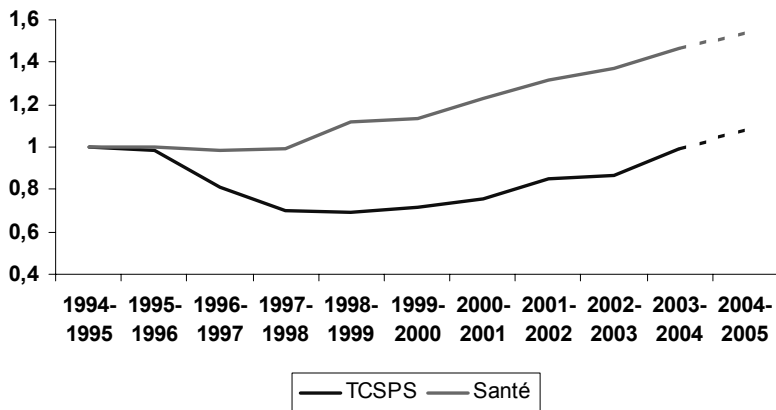
¹²⁹ *Supra*, tableaux 9 à 11, pp. 17:51-52.

Québec, même en dollars courants, la valeur des transferts fédéraux est à peine plus élevée aujourd'hui (2004-2005) qu'elle ne l'était avant les compressions budgétaires (1994-1995).

Encore une fois, le graphique 13 montre clairement que les dépenses du Québec liées au système de santé sont soumises à de fortes pressions à la hausse alors que le transfert fédéral ne suit pas l'évolution des coûts réels. Ainsi, entre 1994-1995 et 2004-2005, pendant que les coûts du système de santé au Québec augmentaient de plus de 50 %, ce n'est que cette année que le financement fédéral dépasse la valeur d'il y a 10 ans.

Alors qu'il a été démontré que les transferts fédéraux aux provinces ont fait l'objet de compressions plus importantes que les autres postes de dépenses¹³⁰, le graphique 14 indique que malgré les hausses, les transferts aux provinces ont augmenté moins rapidement que les transferts aux individus, les autres dépenses de programmes et les recettes fiscales du gouvernement fédéral.

Graphique 13 : Évolution du coût des dépenses de santé au Québec et de la valeur des transferts fédéraux en espèces au titre de la santé, de 1994-1995 à 2004-2005¹³¹ (année 1994-1995 = 100)



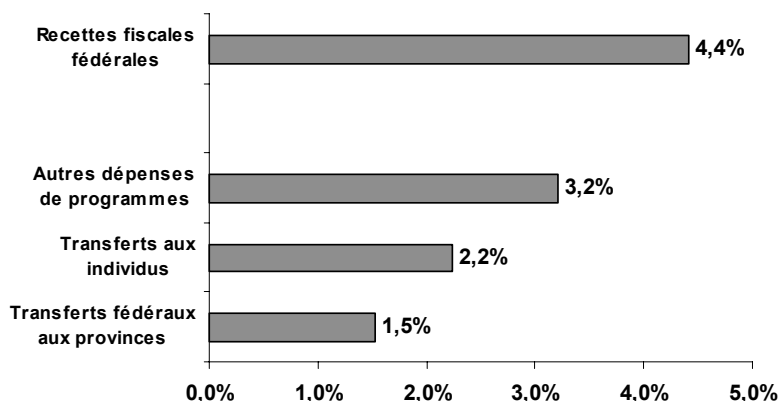
Note : Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget fédéral 2004-2005; Budget du Québec 2004-2005; Comptes publics du Canada; comptes économiques provinciaux.

¹³⁰ *Supra*, tableau 13, p. 17:57.

¹³¹ *Supra*, note 122.

Graphique 14 : Évolution de la croissance moyenne des recettes fiscales fédérales et de certaines dépenses fédérales, de 1994-1995 à 2004-2005



Note : Les données ayant servi au calcul pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget fédéral 2004-2005; Comptes publics du Canada.

3.4.2. La prévisibilité des transferts fédéraux

Du côté des provinces, elles argumentent plutôt que les transferts fédéraux sont inadéquats. Selon elles, l'inadéquation des transferts fédéraux serait une source importante de déséquilibre fiscal. Les causes récentes de cette inadéquation ont pris leur source dans les compressions budgétaires effectuées par le gouvernement fédéral et dans l'absence de mécanisme d'ajustement des versements, ce qui inévitablement laisse place à l'arbitraire et conséquemment génère de l'instabilité dans les prévisions budgétaires des provinces.

Le graphique 15 montre que la contribution fédérale au financement des dépenses du Québec à l'égard de la santé, de l'éducation et des services sociaux a connu une diminution au cours des deux dernières décennies. Dès 1981, un groupe de travail de la Chambre des communes était d'avis qu'une réduction du niveau global du soutien fédéral pourrait compromettre le système public de santé et entraîner un recours accru au financement

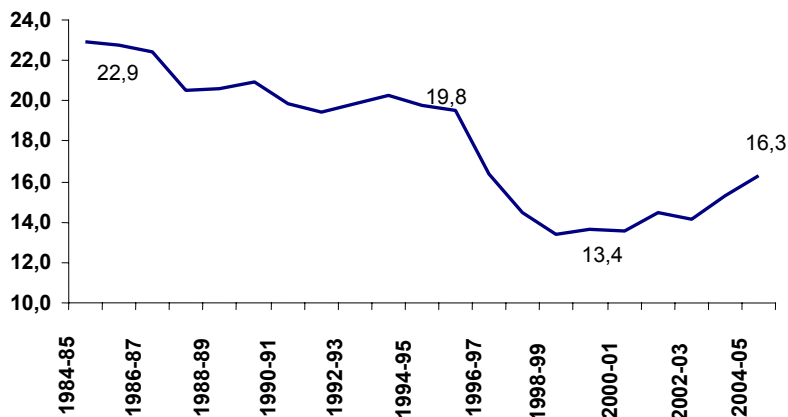
privé¹³². À ce titre, au cours de la dernière décennie, la part du gouvernement fédéral a chuté de 20 % à 15 %, avec un creux historique de 13,4 % pour les années 1998-1999.

L'instabilité annuelle dans la valeur de la contribution fédérale constitue également une cause de l'inadéquation du TCSPS. Comme le montre le graphique 16, pendant que les dépenses de santé augmentent avec une croissance annuelle soutenue autour de 5 %, le financement fédéral fluctue annuellement entre des baisses de 20 % et des hausses pouvant atteindre près de 15 %. Ainsi, au cours des 10 dernières années, l'écart-type annuel a été de 4 % pour le coût du système de santé et de 10 % pour le TCSPS. L'élimination du mécanisme d'indexation formelle lors de la création du TCSPS a rendu instable la contribution fédérale. De plus, la non-récurrence des fonds fédéraux additionnels par la création de fiducies à l'égard de la santé émanant des annonces fédérales fait fluctuer les transferts fédéraux annuels. Par exemple, l'annonce fédérale de février 2003 sur la santé a généré pour le gouvernement du Québec une entrée additionnelle pour l'année 2003-2004 de plus de 1,6 G\$, mais seulement 352 M\$ pour l'année 2004-2005¹³³.

¹³² GROUPE DE TRAVAIL PARLEMENTAIRE SUR LES ACCORDS FISCAUX ENTRE LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET LES PROVINCES, *op. cit.*, note 12, p. 125.

¹³³ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 24, p. 5.

Graphique 15 : Évolution de la contribution fédérale au financement des dépenses du Québec en santé, en éducation et en services sociaux, de 1984-1985 à 2004-2005¹³⁴ (en pourcentage)

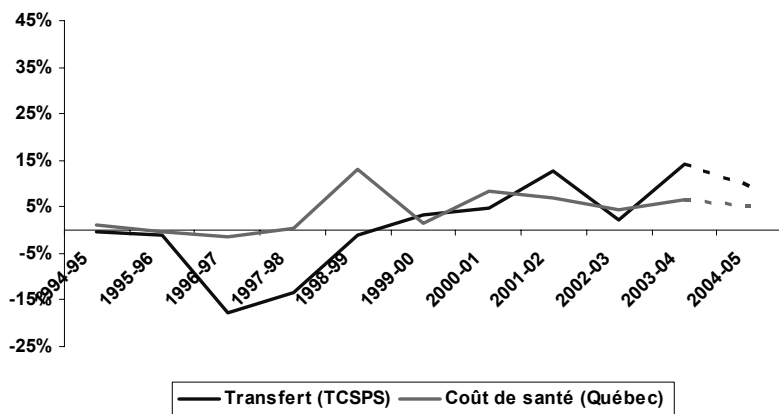


Note : Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget du Québec 2004-2005; comptes économiques provinciaux.

¹³⁴ *Supra*, note 122.

Graphique 16 : Variation annuelle du coût du système de santé au Québec et de la contribution fédérale, de 1994-1995 à 2004-2005¹³⁵ (en pourcentage)



Note : Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget du Québec 2004-2005; comptes économiques provinciaux.

Constats sur la valeur des transferts fédéraux

Il en ressort clairement que malgré les augmentations du financement du gouvernement fédéral, cela n'est pas suffisant pour inverser la tendance à la baisse de la part fédérale dans le financement de la santé et des programmes sociaux.

L'absence de mécanisme d'indexation formelle de la contribution fédérale rend instable le TCSPS. Dès lors, tout devient une question de pouvoir de négociation lors des rencontres annuelles fédérales-provinciales.

3.5. LE PRÉLÈVEMENT DES IMPÔTS

Le prélèvement des impôts est un argument majeur utilisé par le gouvernement fédéral pour conclure en l'absence de déséquilibre fiscal.

¹³⁵ *Id.*

3.5.1. L'autonomie fiscale des provinces

En plus de soulever que les provinces jouissent d'une grande autonomie fiscale, le gouvernement fédéral argumente aussi que les provinces ont un accès exclusif à certaines sources de revenus en croissance. Enfin, le gouvernement fédéral souligne que les provinces ont la possibilité d'augmenter leurs revenus si elles jugent qu'elles ne disposent pas de ressources suffisantes pour financer leurs responsabilités.

Dans son argumentaire pour nier le déséquilibre fiscal, le gouvernement fédéral mesure l'autonomie fiscale des provinces en considérant la part des revenus autonomes de celles-ci dans leurs revenus totaux. Dans ce cas, il s'agit d'une tautologie, puisque la plus grande « autonomie » des provinces découle tout simplement de la diminution de la part des transferts fédéraux dans leurs revenus totaux.

Tableau 18 : Variation de la répartition entre les revenus autonomes et les transferts fédéraux dans les revenus totaux du Québec¹³⁶

	1994-1995	2004-2005
Revenus autonomes	29 411	45 358
<i>Part</i>	(79,7 %)	(86,2 %)
Transferts fédéraux	7 510	7 276
<i>Part</i>	(20,3 %)	(13,8 %)
Revenus totaux	36 922	52 635
<i>Part</i>	(100 %)	(100 %)

Note : Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Sources : Budget du Québec 2004-2005; comptes économiques provinciaux.

Le gouvernement fédéral évoque également que les provinces ont un accès exclusif à certaines sources de revenus en croissance. Il est vrai que les provinces bénéficient d'un usage exclusif de certaines sources de recettes, à savoir : les jeux de hasard, la vente d'alcool ainsi que les redevances tirées des ressources naturelles. La question est de savoir si l'usage exclusif de ces assiettes fiscales procure un avantage réel aux provinces. Il est permis d'en

¹³⁶ Tel que présenté dans les budgets du Québec, l'abattement spécial du Québec est intégré aux revenus autonomes et est exclu des transferts fédéraux. De plus, le montant de péréquation exclut la portion de la somme versée par le gouvernement fédéral en vertu du mécanisme de plancher que le gouvernement du Québec devra rembourser à compter de 2005-2006.

douter. En fait, le tableau 19 montre que la principale source exclusive de recettes des provinces est la loterie, avec 3,1 % du total des revenus autonomes du Québec. Depuis quelques années, les campagnes de sensibilisation, et plus récemment, la décision du gouvernement de réduire le nombre de machines de vidéo-poker semblent indiquer que le potentiel de cette assiette fiscale a atteint un point de saturation. De plus, la faible importance que représentent ces sources de recettes dans les revenus autonomes du gouvernement du Québec fait en sorte qu'elles ne peuvent pas véritablement modifier la dynamique des revenus.

Tableau 19 : Sources de recettes exclusives aux provinces et part dans la structure des revenus autonomes du Québec

	2004-2005	
	\$	%
Revenus autonomes	45 358	100 %
<i>Dont</i>		
Jeux de hasard	1 419	3,1 %
Vente d'alcool	601	1,3 %
Redevances tirées des ressources naturelles	200	0,4 %
<i>Total des sources de recettes exclusives</i>	2 220	4,9 %

Note : Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires.

Source : Budget du Québec 2004-2005.

Enfin, pour nier le déséquilibre fiscal, le gouvernement fédéral se sert de l'autonomie fiscale dont bénéficient les provinces, en soulignant que ces dernières ont la possibilité d'augmenter leurs revenus si elles jugent qu'elles ne disposent pas de ressources suffisantes pour financer leurs responsabilités. En mai dernier, dans une lettre répondant à une motion unanime de l'Assemblée nationale, Paul Martin soulignait que :

« [L]es provinces canadiennes jouissent des pouvoirs [...] prévus par la Constitution pour faire leurs propres choix concernant les impôts, les dépenses et la dette. Les provinces disposent de la marge de manoeuvre voulue pour faire en sorte que leurs recettes correspondent à leurs responsabilités en matière de dépenses¹³⁷ ».

¹³⁷ Lettre du premier ministre Paul Martin au président de l'Assemblée nationale, Michel Bissonnet, en réponse à la motion unanime de l'Assemblée nationale sur la reconnaissance du déséquilibre fiscal, rendue publique le 4 mai 2004.

Dit autrement, cela signifie qu'il n'y a pas de déséquilibre au sein de la fédération puisque les provinces n'ont qu'à augmenter leur impôt pour financer les dépenses auxquelles elles font face.

Sur le plan juridique, il est vrai que les provinces ne subissent aucune contrainte dans l'élaboration de leur politique fiscale. Cependant, il s'agit sans doute de l'un des arguments les plus fallacieux puisque les provinces ne peuvent taxer en vase clos, elles doivent prendre en compte l'espace fiscal qu'occupe déjà le gouvernement fédéral. Pour le bon fonctionnement de la fédération canadienne, chaque ordre de gouvernement doit rester sensible aux réalités économiques qui touchent l'autre ordre de gouvernement.

3.5.2. Les réductions d'impôt

Régulièrement, le gouvernement fédéral se sert des baisses d'impôt annoncées par les gouvernements provinciaux pour nier l'existence même d'un déséquilibre fiscal entre le gouvernement fédéral et les provinces. *A priori*, l'argument semble solide, car, en effet, comment les provinces peuvent-elles revendiquer un déséquilibre fiscal lorsqu'elles se permettent de réduire leur impôt? Selon cette logique, l'annonce de baisses d'impôt par les provinces semble démontrer une capacité fiscale excédentaire permettant à celles-ci de réduire leur fardeau fiscal tout en assurant les services à la population. Qu'en est-il exactement?

D'abord, il semble que la disparité dans les capacités fiscales entre les provinces exacerbe la concurrence fiscale qu'elles peuvent se mener.

De plus, lorsqu'on analyse les réductions d'impôt réalisées par les provinces au cours des dernières années, il faut distinguer les cas de l'Alberta, de l'Ontario et du Québec.

Comme nous l'avons déjà montré dans la présente étude, l'Alberta fait figure d'exception dans l'analyse de la situation budgétaire des provinces. L'importance des recettes issues des redevances pétrolières explique l'absence de difficultés financières de l'Alberta, ce qui lui a permis de mettre en place un impôt à taux unique. L'Alberta pourrait même réussir l'exploit d'éliminer complètement l'impôt sur le revenu, et ce, même si elle ne perçoit aucune taxe de vente. Les résultats de l'Alberta font en sorte qu'il est souvent préférable d'analyser la situation financière des provinces en excluant l'Alberta.

De son côté, l'Ontario a réalisé d'importantes baisses d'impôt sur une période de cinq ans, mais dans ce cas-ci, l'histoire récente tend à démontrer

qu'elle n'avait pas les moyens de procéder à de telles réductions. Aujourd'hui, l'Ontario fait face à des déficits et le dernier budget a été l'occasion pour la province d'augmenter le fardeau fiscal de ses contribuables.

Enfin, le Québec a légèrement réduit ses impôts dans un contexte de concurrence fiscale. Tout le monde reconnaît qu'il existe un écart de fardeau fiscal lorsqu'on compare l'impôt sur le revenu des particuliers du Québec avec ceux des autres provinces et personne ne remet en cause le constat voulant que le niveau de taxation découlant du régime fiscal des particuliers soit plus élevé ici qu'en Ontario. Dans ce cas, il peut être souhaitable, dans un contexte de concurrence fiscale, de réduire cet écart ou minimalement de cesser son accroissement.

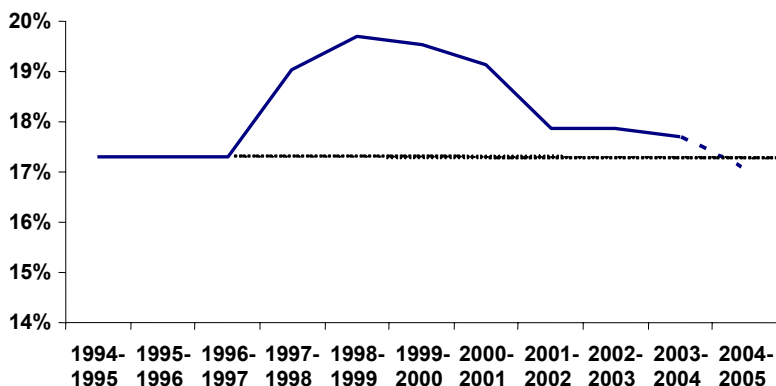
Dans le cas spécifique du Québec, un autre élément, moins souvent évoqué, est l'interrelation entre les baisses d'impôt fédéral et les baisses d'impôt du Québec. Chaque fois que le gouvernement fédéral annonce des réductions fiscales, le Québec n'a pas d'autres alternatives pour maintenir inchangé son écart de fardeau fiscal avec les autres provinces que de procéder lui aussi à des baisses d'impôt. Pourquoi? L'abattement spécial du Québec de 16,5 % fait en sorte qu'une baisse d'impôt d'un point de pourcentage par le gouvernement fédéral signifie que les contribuables des autres provinces canadiennes bénéficient d'une baisse d'un point de pourcentage alors que pour les contribuables québécois la baisse n'est que de 0,835 %, soit 1 % - 0,165 %. L'Énoncé économique d'octobre 2000 où le gouvernement fédéral a annoncé des baisses d'impôt sur le revenu des particuliers de 100 G\$ sur cinq ans est un bon exemple pour illustrer l'effet d'une baisse d'impôt fédéral sur la concurrence fiscale entre le Québec et l'Ontario. Entre 2000 et 2001, en gardant les systèmes d'imposition québécois et ontarien inchangés, l'écart de fardeau fiscal entre les deux provinces s'est accru du seul fait que le gouvernement fédéral a baissé ses impôts. Ainsi, pour un contribuable gagnant 100 000 \$, l'économie d'impôt liée à une baisse fédérale a été de 2 507 \$ au Québec alors qu'elle s'élevait à 3 003 \$ en Ontario, soit un écart de 495 \$.

Le gouvernement fédéral nie l'existence d'un déséquilibre fiscal par le simple fait que les provinces réduisent leurs impôts. Il souligne également que les réductions fiscales qu'il réalise libèrent de l'espace fiscal et que les provinces peuvent utiliser l'espace libéré si elles le souhaitent. À cet égard, les baisses d'impôt unilatérales du gouvernement fédéral, telles qu'elles sont effectuées dans l'Énoncé économique d'octobre 2000, plutôt que de libérer un espace fiscal que le Québec pourrait occuper, engendrent une pression sur les taux de taxation québécois en augmentant les écarts de taxation entre le

régime fiscal du Québec et celui de l'Ontario. Contrairement à la prétention du gouvernement fédéral, il est important de préciser que le Québec n'a d'autre choix, s'il veut maintenir inchangé l'écart de fardeau fiscal avec l'Ontario, que de réduire l'impôt sur le revenu des particuliers chaque fois que le gouvernement fédéral procède à des réductions fiscales.

Une perspective temporelle permet aussi de mieux comprendre les baisses d'impôt réalisées par les provinces. L'augmentation temporaire des recettes des provinces pour faire face aux compressions fédérales dans les transferts financiers intergouvernementaux est un autre élément qui doit être pris en compte lorsque vient le temps d'analyser les baisses d'impôt des provinces. Le graphique 17 montre clairement que le poids des revenus autonomes du gouvernement du Québec par rapport au PIB a bondi dès que les premiers effets des compressions dans les transferts fédéraux ont commencé à se faire sentir. Ainsi, il est compréhensible que le gouvernement du Québec ait cherché, après avoir rétabli l'équilibre budgétaire, à ramener le poids des revenus autonomes à un niveau plus près de la situation initiale.

Graphique 17 : Évolution de la part des revenus autonomes du Québec dans le PIB après les compressions dans les transferts fédéraux, de 1994-1995 à 2004-2005 (en pourcentage)



Notes : Les données pour l'année 2004-2005 sont provisoires. La ligne pointillée reflète le poids des revenus autonomes du Québec dans le PIB de 1994-1995.

Sources : Budget du Québec 2004-2005; comptes économiques provinciaux.

Constats sur le prélèvement des impôts

Il est certain que les réductions d'impôt réalisées par les provinces ont servi l'argumentaire du gouvernement fédéral, mais les précédents exemples démontrent qu'il n'est pas aussi facile de conclure à l'absence de déséquilibre fiscal par le seul élément des baisses d'impôt provinciales.

Bien qu'il soit vrai que les provinces jouissent d'une grande autonomie fiscale, il n'en demeure pas moins que cette autonomie est limitée par l'occupation effective du gouvernement fédéral dans les champs fiscaux. Ainsi, même si les provinces peuvent augmenter leurs impôts, elles doivent prendre en compte le fardeau fiscal global que subissent leurs contribuables.

De plus, compte tenu de l'abattement, le Québec doit, pour garder constant l'écart de fardeau fiscal qu'il a avec l'Ontario, réduire son impôt sur le revenu chaque fois que le gouvernement fédéral baisse le sien.

4. COMMENT RÉSOUDRE LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL?

À ce point-ci de l'exposé, l'existence d'un déséquilibre fiscal majeur entre les ordres de gouvernement de la fédération canadienne ne fait plus de doute. Nous agréons donc totalement à la conclusion des travaux de la Commission sur l'existence d'un déséquilibre fiscal. Pour l'essentiel, nous partageons également les pistes de solutions qu'elle propose.

Toutefois, même sans la reconnaissance d'un déséquilibre fiscal, rien n'empêche que le gouvernement du Canada et ceux des provinces peuvent s'entendre, comme c'est le cas depuis quelques années, sur le niveau des contributions fédérales. Mais, sans le partage d'un constat sur la problématique, il est difficile d'imaginer que des solutions à long terme puissent être trouvées.

Le déséquilibre fiscal prévalant entre le gouvernement fédéral et les provinces découle essentiellement du fait que le gouvernement fédéral s'accapare une part trop grande des recettes par rapport aux responsabilités qu'il doit financièrement assumer. À l'inverse, les provinces disposent d'une part des recettes trop faible pour faire face à leurs dépenses.

La solution au déséquilibre fiscal doit passer par une révision du fédéralisme fiscal. Les nouveaux paramètres devant régir les relations financières intergouvernementales devraient permettre la modification du partage des ressources financières.

Une bonne partie de la solution au déséquilibre fiscal passe par un réaménagement financier permettant des moyens financiers additionnels pour les provinces. Ce réaménagement peut se faire par une modification aux modalités touchant les transferts financiers ou par la libération d'un espace fiscal, ou par un mélange des deux. Bien entendu, ces solutions ne doivent pas conduire le gouvernement fédéral en situation déficitaire.

4.1. L'ÉTABLISSEMENT DE PRINCIPES ENCADRANT LES RELATIONS FINANCIÈRES INTERGOUVERNEMENTALES

Les relations financières intergouvernementales constituent un élément névralgique du fédéralisme fiscal. Pour que celles-ci fonctionnent bien au sein de la fédération, il faut que chaque ordre de gouvernement adhère à un certain nombre de principes.

Dans ce contexte, le gouvernement fédéral et les provinces doivent s'entendre sur les principes à mettre en place pour rétablir les relations financières intergouvernementales. En ce sens, des leçons doivent être tirées de l'évolution récente des transferts fédéraux. S'inspirant de différentes sources¹³⁸, l'encadré 3 dresse et propose une série de principes, dans un esprit constructif, pour renouveler les relations financières intergouvernementales dans le fédéralisme fiscal canadien. Ces principes ont été retenus pour les solutions qu'ils apportent ou pour l'encadrement qu'ils établissent à l'égard des éléments fondamentaux causant le déséquilibre fiscal. Bien entendu, le gouvernement fédéral et les provinces pourraient s'entendre sur d'autres principes, mais il est clair que ceux proposés ici peuvent servir de point de départ à une discussion fédérale-provinciale sur les pressions financières réelles que subissent les provinces.

¹³⁸ Pour l'essentiel, les principes sont inspirés des documents suivants : Rapport de la Commission sur le déséquilibre fiscal; Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels; Accord du Lac Meech; Comité fédéral-provincial du régime fiscal, 14 et 15 septembre 1966.

Encadré 3 : Principes proposés pour renouveler les relations financières intergouvernementales dans le fédéralisme fiscal canadien

Capacité fiscale

[Accès aux ressources fiscales] Les relations financières intergouvernementales doivent permettre à chaque ordre de gouvernement de se procurer par l'impôt les ressources financières nécessaires à l'exercice de leurs obligations constitutionnelles.

[Péréquation] Les relations financières intergouvernementales doivent, grâce à la péréquation, permettre à chaque province de fournir des services publics comparables sans avoir à recourir à des taux de taxation sensiblement plus élevés que ceux des autres provinces.

Respect des compétences

[Priorités gouvernementales] Les relations financières intergouvernementales doivent établir que les transferts du gouvernement fédéral vers les provinces ne doivent pas limiter l'autonomie décisionnelle et budgétaire de ces dernières dans leurs champs de compétence, en raison de priorités fédérales ou de conditions qui les accompagnent ou des modalités selon lesquelles ces transferts sont définis.

[Droit de retrait avec compensation] Les relations financières intergouvernementales doivent préciser que le gouvernement fédéral doit fournir une juste compensation aux provinces qui choisissent de ne pas participer ou de se retirer d'un programme national cofinancé qu'il établit dans un secteur de compétence exclusive provinciale.

Imputabilité

[Responsabilité fiscale] Les relations financières intergouvernementales doivent faire en sorte que chaque ordre de gouvernement demeure responsable face à ses électeurs de ses décisions relatives aux dépenses et aux recettes et que chaque gouvernement prenne en compte ses effets sur les autres gouvernements.

Prévisibilité

[Mécanisme d'indexation] Les relations financières intergouvernementales doivent, par des mécanismes d'indexation, permettre aux provinces de prévoir l'évolution du financement fédéral.

[Mécanisme d'étalement] Les relations financières intergouvernementales doivent, par des mécanismes d'étalement, limiter les variations des transferts fédéraux en raison de modifications aux facteurs socio-économiques touchant les paramètres établis.

Interdépendance et coopération

[Procédure de révision] Les relations financières intergouvernementales doivent encadrer les modifications touchant les paramètres servant à la détermination des transferts fédéraux en vigueur, éliminant ainsi les possibilités de modifications unilatérales.

[Règlement des différends] Les relations financières intergouvernementales doivent en cas de litige prévoir un mécanisme de règlement des différends.

4.2. UNE AUGMENTATION DES TRANSFERTS FINANCIERS EN ESPÈCES

Une des façons de procéder aux réaménagements financiers dans la fédération canadienne passe par une bonification des transferts fédéraux. Ainsi, les provinces peuvent s'entendre avec le gouvernement fédéral pour une hausse de leurs transferts fédéraux jumelée à des modifications dans leurs mécanismes d'application.

Les transferts fédéraux peuvent prendre la forme de transferts conditionnels ou de transferts inconditionnels.

Les transferts conditionnels que le gouvernement fédéral verse aux provinces sont généralement reliés au financement partagé dont le paiement est lié à l'observation d'une série de conditions quant à l'utilisation qui peut être faite des sommes reçues.

Les transferts inconditionnels que le gouvernement fédéral verse aux provinces ne sont reliés au respect d'aucune condition quant à l'utilisation qui peut être faite des sommes reçues. Les provinces peuvent utiliser les sommes reçues comme bon leur semble. Le programme de péréquation est un bon exemple de transfert fédéral inconditionnel.

Bien entendu, la nature du transfert financier a un impact primordial dans la résolution du déséquilibre fiscal. L'absence de conditions rattachées à la bonification d'un transfert financier du gouvernement fédéral favorise la résolution du déséquilibre fiscal, puisque les provinces peuvent disposer comme bon leur semble des nouvelles sommes reçues. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, l'injection d'argent, lorsque celle-ci est jumelée à la mise en place de conditions, peut accroître le déséquilibre fiscal. Ainsi, la bonification d'un transfert financier muni de conditions liées aux façons de faire ou à une contribution minimale des provinces peut, en limitant l'autonomie décisionnelle et budgétaire de la province, accroître le déséquilibre fiscal plutôt que le résorber. En conséquence, lorsque le

gouvernement fédéral procède à des transferts financiers en vue de participer au financement de dépenses dans les champs de compétence des provinces, ces transferts devraient être inconditionnels.

4.2.1. À l'égard du TCSPS

Bien qu'une bonification du TCSPS en espèces puisse être considérée comme une avenue possible au règlement du déséquilibre fiscal, les vices dans ses règles de fonctionnement ne seraient pas résolus pour autant. À ce titre, si la prise en compte des besoins demeurerait absente, rien ne garantirait la valeur des contributions fédérales à long terme, les conditions actuelles seraient maintenues et l'application de nouvelles conditions demeurerait possible.

Pour que la majoration des transferts canadiens aux titres de la santé et des programmes sociaux représente une piste de solution acceptable au déséquilibre fiscal, il faut minimalement revoir son mode d'allocation pour qu'il prévoie une indexation de la contribution fédérale et qu'il s'effectue en fonction des besoins des provinces plutôt que sur une base *per capita*.

Lorsque le gouvernement fédéral souhaite participer au financement de certains programmes provinciaux comme ceux de la santé et des programmes sociaux, il est primordial qu'il prenne en compte les besoins qui varient grandement d'une province à une autre¹³⁹.

En ce qui concerne la récurrence de la contribution fédérale, il faut noter que depuis que le TCSPS existe, il constitue une source d'instabilité financière pour les provinces. Sans retourner à l'approche par les programmes à financement partagé, dont l'analyse historique a montré les limites¹⁴⁰, il faut néanmoins rétablir un mécanisme d'indexation basé sur différents paramètres.

Actuellement, le niveau de la contribution fédérale par le TCSPS est, d'une année à l'autre, presque impossible à prévoir. Sans l'ombre d'un doute, ces grandes fluctuations annuelles complexifient la prévisibilité des revenus des provinces, et à ce titre, l'absence de financement stable qu'elles occasionnent constitue clairement une source de déséquilibre fiscal. Il faut accroître la prévisibilité des transferts fédéraux en mettant un terme à la forte

¹³⁹ Par exemple, à l'égard de la santé, un paramètre devrait minimalement prendre en compte la pyramide des âges de la population des provinces.

¹⁴⁰ *Supra*, section 2.1.3., p. 17:25.

volatilité annuelle des montants en jeu. Pour ces raisons, outre le traditionnel ajout pécuniaire, il faut également la mise en place d'une formule d'indexation des transferts, seule mesure qui peut assurer, sur une base temporelle, le maintien du financement fédéral, évitant ainsi que ne rejaillisse dans quelques années le sous-financement fédéral. En plus de favoriser la prévision des transferts, l'application d'une formule d'indexation offre également l'avantage d'éliminer l'arbitraire dans le processus de négociations, mettant ainsi un terme aux procédés unilatéraux du gouvernement fédéral.

Du côté des conditions existantes, rien ne permet de croire que le gouvernement fédéral accepterait de les enlever. L'absence de conditions futures dépendra du bon vouloir du gouvernement fédéral.

La viabilité de la bonification du TCSPS comme solution au déséquilibre fiscal est subordonnée à l'élimination de l'arbitraire dans son fonctionnement, nécessitant une révision de son mode de partage *per capita* et la mise en place de mécanismes de modification et d'indexation. À défaut de cela, les modifications proposées au TCSPS ne résoudront pas le déséquilibre fiscal et il serait préférable que le gouvernement fédéral se retire du financement de la santé et des programmes sociaux et en contrepartie envisage le transfert d'espace fiscal¹⁴¹.

4.2.2. À l'égard de la péréquation

Contrairement au TCSPS, les principes fondamentaux de la péréquation ne sont pas remis en cause. Le maintien et la bonification du programme de péréquation sont importants pour réduire les écarts de richesse existant entre les provinces canadiennes. Ainsi, la bonification du programme de péréquation doit être considérée comme un outil pour réduire le déséquilibre fiscal tant vertical qu'horizontal.

Le fonctionnement actuel de la péréquation n'est pas parfait. Sans faire une étude exhaustive, deux limitations peuvent être dégagées : la norme de comparaison et le plafonnement des droits.

La première limitation découle de l'application de la norme des cinq provinces représentatives plutôt que de la norme basée sur les 10 provinces. Bien entendu, l'application de cette norme excluant les provinces les plus pauvres et la province la plus riche atténue les écarts de capacité fiscale que

¹⁴¹ *Infra*, section 4.3., p. 17:84.

la péréquation est censée combler. Dans les faits, cela oblige les provinces bénéficiaires à imposer davantage leurs contribuables pour offrir un niveau de services comparables. Pour le Québec, le maintien de cette norme nécessite un fardeau fiscal additionnel de 2 GS¹⁴². La péréquation devrait abandonner la norme des cinq et prévoir le retour à la norme de la moyenne canadienne pour l'établissement des droits de péréquation. À cet égard, un consensus interprovincial se dégage.

Une deuxième limitation de la péréquation actuelle provient du système de plafonnement des droits de péréquation que le gouvernement a mis en place. Par le passé, le plafonnement a été fixé arbitrairement par le gouvernement sur la valeur des droits d'une année donnée.

La modernisation de la péréquation est indissociable des autres éléments des relations financières intergouvernementales. Ainsi, la révision des transferts financiers en espèces doit faire l'objet d'une négociation conjointe, la bonification d'un des programmes ne doit pas se faire par la détérioration d'un autre. À cet égard, le gouvernement du Québec a raison d'exiger une négociation en bloc des transferts fédéraux.

4.3. UN TRANSFERT D'ESPACE FISCAL

Au lieu de procéder à la hausse des transferts fédéraux, le gouvernement fédéral, en accord avec les provinces, pourrait plutôt procéder à un transfert d'espace fiscal. Ce transfert représente une autre façon de procéder aux réaménagements financiers dans la fédération canadienne.

L'expérience des 10 dernières années, illustrée tout au long de cette étude, démontre qu'il est relativement facile pour le gouvernement fédéral, de manière arbitraire, de se désengager du financement des programmes sociaux en révisant à la baisse ses transferts aux provinces. Même si le gouvernement fédéral augmente ses transferts, les provinces demeurent sujettes à d'éventuelles compressions unilatérales. À l'inverse, le transfert d'espace fiscal assure aux provinces un financement prévisible à l'abri du bon vouloir d'Ottawa.

Dans ce contexte, pour la Commission sur le déséquilibre fiscal, le transfert d'espace fiscal constituait la véritable solution et représentait sa principale recommandation. Pour la Commission, le transfert d'espace fiscal remplaçait non seulement une éventuelle hausse du TCSPS, mais le TCSPS

¹⁴² GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 24, p. 10.

en entier. Ainsi, en lieu et place des transferts aux titres de la santé et des programmes sociaux, les provinces recevraient un espace fiscal leur permettant à l'avenir d'assumer entièrement ces champs de compétences exclusives.

De toute évidence, le transfert d'espace fiscal respecte les principes de fédéralisme fiscal énoncé dans l'encadré 3.

Premièrement, le transfert d'espace fiscal assure que les gouvernements des provinces puissent se procurer par l'impôt les ressources financières nécessaires à l'exercice de leurs obligations constitutionnelles. Cela ne peut qu'améliorer le processus de planification budgétaire qui devrait conduire à une meilleure gestion économique et financière.

Deuxièmement, le transfert d'espace fiscal encourage aussi la compréhension par les contribuables des responsabilités relatives aux dépenses et aux recettes de chaque gouvernement. Il y a donc une meilleure imputabilité lorsque les dépenses d'un gouvernement sont financées par ses impôts. Si, après le remplacement du TCSPS par un transfert d'espace fiscal, le système de santé continuait de mal fonctionner et d'être sous-financé, le gouvernement du Québec devrait faire des choix dont il serait le seul imputable devant ses électeurs.

Le transfert d'espace fiscal favorise également une meilleure gestion budgétaire d'une part en assurant l'autonomie décisionnelle et budgétaire, et d'autre part en éliminant les priorités fédérales et les conditions qui accompagnent le TCSPS.

Enfin, le transfert d'espace fiscal élimine la pertinence de développer des procédures de révision et des mécanismes d'indexation ou d'étalement, puisque les sommes dégagées par le transfert d'espace fiscal s'ajustent en fonction de la croissance économique.

Le transfert d'espace fiscal peut prendre différentes formes. Il pourrait s'agir du tout ou d'une portion de l'impôt sur le revenu des particuliers, de l'impôt des sociétés ou de la taxe sur les produits et services. Pour nous aider à déterminer quelle serait la meilleure assiette, il faut prendre en compte la taille de celle-ci, sa croissance potentielle ainsi que sa stabilité.

4.3.1. Un transfert d'espace fiscal à l'impôt sur le revenu

A priori, l'assiette de l'impôt sur le revenu constitue la meilleure assiette pour réaliser un transfert d'espace fiscal. D'abord, l'historique a montré qu'il

est possible pour le gouvernement fédéral et les provinces de s'entendre sur un transfert d'une partie de l'assiette de l'impôt sur le revenu. De plus, il est admis qu'à système fiscal constant, compte tenu de la progressivité des taux, c'est l'impôt sur le revenu qui a le plus fort potentiel de croissance. Toutefois, l'histoire a également montré qu'il y a un risque, dans l'éventualité d'un transfert partiel d'espace fiscal à l'impôt sur le revenu, que le gouvernement fédéral réoccupe ce champ d'impôt. De plus, la capacité fiscale du Québec à l'impôt sur le revenu étant plus faible que la norme canadienne, la dépendance à la péréquation s'en trouverait accrue. Enfin, la tendance récente semble montrer une réelle concurrence fiscale qui pousserait les provinces à réduire le poids de leur impôt sur le revenu. Ainsi, malgré qu'une négociation du partage du champ de l'impôt sur le revenu corresponde à la position traditionnelle du Québec depuis le début des années 1960, il y a lieu d'examiner si le transfert d'espace fiscal n'aurait pas avantage à s'effectuer sur une autre assiette fiscale.

4.3.2. Un transfert d'espace fiscal à l'impôt des sociétés

Le principal avantage qu'aurait un transfert d'espace fiscal par l'intermédiaire de l'impôt des sociétés est que l'assiette pourrait être transférée en entier. Ainsi, en lieu et place des transferts fédéraux aux titres de la santé et des programmes sociaux, les provinces pourraient occuper entièrement l'assiette fiscale de l'impôt des sociétés. Toutefois, dans un contexte de mondialisation, l'avenir de cette assiette fiscale est moins prévisible. De plus, le bénéfice des sociétés est fortement variable en fonction des cycles économiques. Un transfert d'espace fiscal lié à l'impôt des sociétés semble donc peu approprié pour assurer un financement stable de la santé et des programmes sociaux.

4.3.3. Un transfert d'espace fiscal à la TPS

Le transfert d'espace fiscal dans le champ de la TPS offre aussi l'avantage d'un transfert complet du champ de taxation, éliminant ainsi les risques de réoccupation de l'espace fiscal transféré. Il serait donc possible d'obtenir l'engagement du gouvernement fédéral qu'en échange de sa contribution à la santé et aux programmes sociaux, il renonce à occuper le champ de la taxe de vente. Cela constitue un avantage considérable par rapport à un transfert partiel d'espace fiscal à l'impôt sur le revenu. De plus, l'écart de capacité fiscale est plus petit à la taxe de vente qu'à l'impôt sur le revenu, ce qui réduirait les effets sur la péréquation. Enfin, même s'il est vrai que le potentiel de croissance semble plus faible à la taxe de vente, en contrepartie, celle-ci fait moins l'objet de concurrence fiscale.

L'utilisation ou la répartition des taxes à la consommation au sein de certaines fédérations montrent la faisabilité et la pertinence de remplacer les transferts fédéraux aux titres de la santé et des programmes sociaux par le champ de la TPS. En effet, quelques fédérations ont intégré les recettes de leur taxe à la consommation dans les relations financières intergouvernementales. Aux États-Unis, bien que la constitution lui confère le droit de taxer la consommation, le gouvernement fédéral a choisi de ne pas instaurer de taxe de vente, l'assiette fiscale de la consommation étant entièrement occupée par les États et les collectivités locales¹⁴³. En Allemagne, la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après « TVA ») est fédérale, mais un partage des recettes avec les autres ordres de gouvernement est prévu par une loi. À ce titre, le partage de la TVA, dont une partie est péréquitée, constitue un des volets importants pour assurer l'équilibre entre les « revenus courants » et les « dépenses nécessaires » des deux ordres de gouvernement¹⁴⁴. En Australie, depuis 2000, les recettes générées par la taxe fédérale sur les produits et services représentent la valeur de la péréquation à partager entre les États¹⁴⁵. À la lumière de l'utilisation de la taxe à la consommation dans d'autres fédérations, le Canada ne serait pas le premier pays où le gouvernement fédéral choisirait de renoncer à utiliser le pouvoir que lui confère la constitution de taxer la consommation ou de se servir des recettes générées par celle-ci pour améliorer les relations financières intergouvernementales.

Tout compte fait, le règlement du déséquilibre fiscal par le transfert complet du champ de la taxe de vente par le gouvernement fédéral aux provinces semble l'avenue à privilégier. Les provinces bénéficieraient d'une source stable de recettes pour financer les dépenses de santé et de programmes sociaux.

CONCLUSION

Qu'on qualifie la situation qui prévaut actuellement dans les relations financières intergouvernementales de déséquilibre fiscal ou qu'on choisisse un autre vocable, reste que le phénomène est bien réel. Il mérite donc qu'on s'y attarde et qu'on cherche des pistes pour le résoudre.

¹⁴³ COMMISSION SUR LE DÉSÉQUILIBRE FISCAL, *op. cit.*, note 63, p. 49.

¹⁴⁴ *Id.*, p. 8.

¹⁴⁵ *Id.*, pp. 20-24.

Même si le Québec est particulièrement frappé par la situation de déséquilibre fiscal, et que par l'intermédiaire de sa Commission sur le déséquilibre fiscal, il s'en est fait le porte-étendard, il ne s'agit pas d'un problème uniquement bilatéral entre Québec et Ottawa. Le problème concerne, à l'exception peut-être de l'Alberta, l'ensemble des provinces canadiennes.

L'analyse de l'évolution des finances publiques du gouvernement fédéral et des provinces au cours des 10 dernières années nous amène à formuler deux observations principales.

Premièrement, le temps a montré que le déséquilibre fiscal actuel n'est pas d'ordre conjoncturel, mais qu'il est plutôt d'ordre structurel, d'où l'importance de s'y attaquer puisqu'il ne peut se résorber de lui-même. Pour l'essentiel, l'élément structurel du déséquilibre fiscal a pris sa source dans la dégradation des relations financières intergouvernementales. La révision de ces relations est donc incontournable.

Deuxièmement, au fil des années, le déséquilibre fiscal actuel est appelé à s'accroître puisque les pressions sur les dépenses seront davantage du côté des provinces. La croissance des dépenses du Québec, dont une grande partie est attribuable au financement de la santé, est sans contredit l'une des causes du déséquilibre fiscal. Dans ce cas-ci, sa résorption passe inévitablement par une révision du mode de financement et de gestion du système de santé, d'où l'importance de ne pas être dépendant d'un financement fédéral et des conditions qui l'accompagnent.

Pour renouer avec l'équilibre fiscal, différentes avenues peuvent être considérées. Entre la simple bonification des transferts fédéraux existants et le remplacement de certains d'entre eux par un transfert d'espace fiscal, le champ des possibilités est grand.

Cependant, pour rétablir l'équilibre fiscal au sein de la fédération canadienne, il semble qu'il faille se rapprocher de l'esprit du cadre constitutionnel. Pour y parvenir, des principes de fédéralisme fiscal doivent être adoptés et appliqués. Ceux-ci doivent notamment s'assurer que les gouvernements ont une capacité fiscale adéquate, eu égard à leurs compétences constitutionnelles. De plus, le respect des champs de compétence favorise l'imputabilité des ordres de gouvernement tout en leur permettant d'établir leurs propres priorités.

Malgré cela, la bonification des transferts fédéraux aux titres de la santé et des programmes sociaux et l'établissement d'un mécanisme d'indexation

peuvent constituer une solution à court terme. Évidemment, la véritable solution passe par l'abolition des transferts fédéraux aux titres de la santé et des programmes sociaux et leur remplacement par un transfert d'espace fiscal suffisamment grand pour que les provinces puissent assurer leurs responsabilités constitutionnelles.

Outre un ajout d'argent et l'assurance d'avoir accès à une source de recettes dans le futur, l'une des principales vertus d'un transfert d'espace fiscal réside dans le fait que les gouvernements des provinces deviendraient seuls responsables du financement des dépenses dont elles ont les compétences constitutionnelles. Par exemple, à l'égard de la santé, les solutions à apporter au système et à son financement leur appartiendraient en propre. Toutefois, si ça allait mal, les provinces seraient les seules à blâmer. Au bout du compte, les citoyens pourraient plus facilement rendre leur gouvernement provincial imputable de la gestion de la santé et des programmes sociaux.

En définitive, le transfert d'espace fiscal ne constitue pas une solution magique au déséquilibre fiscal entre le gouvernement fédéral et les provinces, son choix n'est que logique. Il peut résorber le déséquilibre fiscal actuel. Après avoir obtenu le plein accès à une source de financement stable, le contrôle des coûts du système de santé ne sera pas réglé pour autant, mais les provinces seraient seules responsables de ce programme et devraient faire les choix, parfois difficiles, qui s'imposent pour assurer sa pérennité. Pour favoriser cela, le gouvernement du Québec doit avoir pleine autorité pour décider, mais en contrepartie il doit aussi être pleinement imputable, il ne doit pas être dépendant d'un financement fédéral et soumis à ses conditions. Voilà la possibilité qu'offre le transfert d'espace fiscal du champ de la TPS, rien de plus.

LA CONSOLIDATION FISCALE D'UN GROUPE CORPORATIF



François Auger
Avocat, CA
Osler, Hoskin & Harcourt, s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 18:3

1. CONSOLIDATION FISCALE 18:4

2. CONCEPTS AYANT UNE INFLUENCE SUR LA RESPONSABILITÉ FISCALE DE SOCIÉTÉS MEMBRES D'UN GROUPE CORPORATIF 18:11

2.1. SOCIÉTÉS LIÉES 18:12

2.2. SOCIÉTÉS AFFILIÉES 18:14

2.3. SOCIÉTÉS ASSOCIÉES 18:15

2.4. SOCIÉTÉS RATTACHÉES 18:16

2.5. SOCIÉTÉS AYANT ENTRE ELLES UN LIEN DE DÉPENDANCE 18:17

2.6. CONSTAT PRÉLIMINAIRE 18:19

3. RÉORGANISATION STATUTAIRE 18:19

3.1.	FUSION ADMISSIBLE	18:20
3.2.	LIQUIDATION ADMISSIBLE.....	18:22
3.3.	RÈGLES SUR LES REPORTS DE PERTES.....	18:23
3.3.1.	Report prospectif des pertes inutilisées des sociétés qui fusionnent ou de la filiale liquidée.....	18:23
3.3.2.	Report rétrospectif des pertes réalisées après la fusion ou la liquidation.....	18:27
4.	AUTRES TRANSACTIONS PERMETTANT DE CONSOLIDER LES PERTES	18:31
4.1.	PRIX DE CESSON INTERNE.....	18:31
4.2.	TRANSFERT DE BIENS	18:32
4.2.1.	Transfert de biens avec gain latent.....	18:32
4.2.2.	Transfert d'une entreprise	18:33
4.2.3.	Constat préliminaire	18:35
4.3.	RÉCAPITALISATION	18:36
4.4.	TRANSFERT DE FONDS	18:36
4.4.1.	Exemple 1	18:36
4.4.2.	Exemple 2.....	18:39
4.4.3.	Considérations administratives	18:41
4.4.4.	Considérations liées à certaines décisions rendues par les tribunaux en matière de déductibilité des intérêts et nouvelles règles limitant leur déductibilité	18:45
5.	DISCUSSION SUR LA POLITIQUE FISCALE	18:51
5.1.	SYSTÈME DE CONSOLIDATION INTÉGRALE	18:54
5.2.	SYSTÈME D'IMPÔT REMBOURSABLE OU NÉGATIF	18:54
5.3.	SYSTÈME DE TRANSFERT DES DÉDUCTIONS OU DES PERTES	18:54
5.4.	CONSIDÉRATIONS FÉDÉRALES-PROVINCIALES	18:55
5.5.	INCIDENCES SUR LES RECETTES PUBLIQUES	18:56
	CONCLUSION	18:57

INTRODUCTION*

L'objet du présent texte est de discuter de la consolidation fiscale d'un groupe corporatif. Par consolidation fiscale, nous entendons la possibilité pour les différentes entités corporatives d'un groupe corporatif de bénéficier des attributs fiscaux des autres entités du groupe, afin de reconnaître de façon globale que ces différentes entités ne représentent en fait qu'un seul contribuable aux fins du calcul de la responsabilité fiscale du groupe corporatif.

Au Canada, la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ ne prévoit pas que les différentes entités qui composent un groupe corporatif puissent être traitées comme une seule entité aux fins du calcul de leur revenu. Par conséquent, lorsqu'une société du groupe corporatif aura généré une perte au cours de son exercice, cette perte ne se matérialisera pas en une économie d'impôts immédiate pour l'ensemble des sociétés du groupe. Il s'agit là de la principale critique que l'on puisse adresser à l'encontre d'un régime fiscal qui ne permet pas de consolider les résultats des sociétés faisant partie d'un groupe corporatif. Toutefois, la *Loi de l'impôt sur le revenu* reconnaît implicitement, à certaines fins, que des sociétés faisant partie d'un groupe corporatif ne soient pas des entités totalement distinctes des membres du groupe.

Le présent texte portera sur le concept de consolidation fiscale et sur certains concepts utilisés dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui ont pour conséquence de considérer à certaines fins particulières qu'un groupe corporatif puisse constituer un seul contribuable. Par la suite, nous examinerons la possibilité d'utiliser les pertes accumulées d'une société faisant partie d'un groupe corporatif et diverses structures permettant l'accès aux pertes autres qu'en capital d'une société aux autres sociétés du groupe dans un contexte national. Nous concluons sur une discussion de la politique fiscale se rapportant à la consolidation fiscale.

Le point de vue qui suit se limitera au contexte corporatif, bien que certains des concepts soulevés puissent trouver application dans le cadre d'autres véhicules, par exemple la société en nom collectif. Enfin,

* L'auteur tient à souligner la précieuse collaboration de M^e Alain Fournier de Osler, Hoskin & Harcourt, s.r.l. dans le cadre de la préparation du présent texte.

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

soulignons que la consolidation des attributs fiscaux de sociétés étrangères affiliées dépasse le cadre du présent texte².

1. CONSOLIDATION FISCALE

Le système fiscal canadien ne prévoit pas expressément la consolidation des pertes corporatives et autres attributs fiscaux à l'intérieur d'un groupe corporatif sous un contrôle commun. Plus précisément, notre système fiscal n'envisage pas que deux ou plusieurs de ces sociétés puissent produire une déclaration de revenus commune pour une année d'imposition donnée ni ne permet à une société de transférer ses pertes, qu'elles soient réalisées ou latentes, à une autre entité du groupe corporatif. Ainsi, l'absence de mesures spécifiques permettant la consolidation corporative requiert que le groupe corporatif ayant des membres qui ont du revenu imposable à des fins fiscales canadiennes entreprenne certaines actions ou des réorganisations afin de pouvoir rassembler les pertes ou autres attributs fiscaux d'autres membres du groupe.

Avant de décrire plus en détail les diverses méthodes les plus couramment utilisées par les sociétés canadiennes afin d'amenuiser les conséquences négatives que génère cette prohibition de produire une déclaration de revenus consolidée, il convient de faire un rapide rappel historique.

Aux fins du régime canadien de l'impôt sur le revenu des sociétés, chaque société est imposée comme une entité distincte. Il peut donc y avoir des situations où une société membre d'un groupe en propriété commune dispose de pertes fiscales ou de déductions et crédits fiscaux inutilisés alors que d'autres sociétés membres du groupe ont un impôt à payer. Si les entreprises au sein des sociétés distinctes fonctionnaient comme des divisions à l'intérieur d'une seule et même société, les pertes, déductions ou crédits inutilisés d'un secteur d'activité pourraient généralement être utilisés pour réduire le montant de l'impôt que doit payer une société sur le revenu d'un autre secteur d'activité. Il serait toutefois possible que le régime fiscal comprenne des règles qui permettraient d'obtenir des résultats semblables tout en permettant le maintien de sociétés distinctes à toutes les autres fins.

² Voir à cet effet Pierre DESLOGES et Patrick MARLEY, « Imposition des groupes de sociétés – Canada », (2004), vol. 89b, *Cahiers de droit fiscal international*, Association fiscale internationale, pp. 197 à 222.

Rappelons que la consolidation fiscale était permise au Canada en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* jusqu'en 1952. Or, depuis plus de 50 ans, nous avons été témoins d'une multitude d'études et de rapports discutant de l'opportunité et des moyens de permettre la consolidation fiscale au niveau d'un groupe corporatif. À titre d'illustration, nous pouvons remonter jusqu'en 1966 lors du dépôt du rapport de la Commission Carter où il fut noté ce qui suit :

« Le défaut de la législation actuelle ressort du fait que bien des groupes de sociétés ont été obligés d'utiliser des moyens factices pour éliminer les pertes contre les bénéfices au sein du groupe [...]. Nos recommandations relatives à l'assiette compréhensive de l'impôt ne sauraient s'accommoder du fait que notre régime fiscal actuel, en ne permettant pas la compensation des profits et des pertes des sociétés soumises à un même contrôle, ne tient pas suffisamment compte de la faculté contributive des actionnaires. Cette interdiction a d'ailleurs donné lieu à des transactions fictives dans plusieurs cas. Aussi, nous recommandons que la Loi soit amendée de façon à permettre aux sociétés dépendant des mêmes intérêts une forme quelconque d'unification de leurs profits et pertes aux fins de l'impôt³. »

Cette recommandation de la Commission Carter ne fut pas suivie par le législateur et ce n'est que 20 ans plus tard que le ministère des Finances du Canada, dans son rapport de mai 1985⁴, arrivait lui aussi à la conclusion que de nombreux groupes de sociétés sont en mesure de structurer leurs activités pour obtenir, sur le plan fiscal, les mêmes résultats que s'ils étaient imposés comme une entité économique individuelle, mais les rajustements que cela suppose peuvent prendre du temps et s'avérer coûteux et inefficients du point de vue commercial. D'autres groupes en propriété commune risquent de ne pas pouvoir effectuer les rajustements nécessaires et, en conséquence, ils font face à des obligations fiscales plus élevées et doivent renoncer à des occasions d'affaires.

Le ministère des Finances du Canada constate alors que dans de nombreux pays, dont les États-Unis et le Royaume-Uni, les régimes fiscaux comprennent des systèmes de consolidation fiscale ou de transfert des pertes. Dans son document intitulé « Un système de transfert de pertes intersociété au Canada », le ministère des Finances reconnaissait que les règles en

³ CANADA, Commission royale d'enquête sur la fiscalité, *Rapport royal d'enquête sur la fiscalité*, tome 4, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1966, p. 296.

⁴ CANADA, ministère des Finances, « Un système de transfert de pertes intersociété au Canada », Ottawa, mai 1985.

vigueur faisaient en sorte que la structure organisationnelle des groupes de sociétés en propriété commune pouvait modifier la situation fiscale de ceux-ci.

Dans son rapport, le ministère des Finances estimait que 40 à 50 % des groupes de sociétés au Canada disposaient globalement de pertes fiscales ou de déductions inutilisées. Selon les données contenues dans son rapport, il concluait que la moitié environ des sociétés canadiennes se retrouvaient au sein de groupes comptant des sociétés qui avaient des pertes fiscales et un revenu imposable. Cela signifiait donc que ces groupes n'avaient généralement pas pu utiliser toutes les pertes en temps opportun. Cela semblait indiquer qu'il y avait d'importants obstacles à l'utilisation des pertes dans de nombreux groupes, et ce, même si un pourcentage important des groupes corporatifs recourait au moins dans une certaine mesure aux techniques existantes de réduction des pertes ou déductions inutilisées.

Le ministre des Finances de l'époque, l'honorable Michael H. Wilson, reconnaissait que même lorsque les pertes et déductions pouvaient être transférées, l'utilisation des techniques de planification fiscale pouvait nuire à l'efficacité de l'entreprise. On avait alors identifié les principaux problèmes que posaient ces techniques de planification :

i) Frais juridiques et comptables

Les frais juridiques et comptables qu'occasionnent les opérations destinées à utiliser les pertes posent un problème important à de nombreuses sociétés, particulièrement aux entreprises petites et moyennes.

ii) Autres coûts

Les principaux autres coûts sont le temps et l'effort que doit consacrer la direction à la planification et à l'exécution des étapes nécessaires ainsi que les paiements qui pourraient être effectués lorsque des parties extérieures sont concernées.

iii) Incertitudes

L'utilisation des techniques de planification fiscale cause des incertitudes lorsque les questions fiscales ne sont pas entièrement réglées. Même les sociétés qui ont généralement réussi à utiliser les pertes ont tendance à croire que l'instauration d'un système de déclaration de revenus des groupes, comme élément de certitude, présenterait un avantage important.

iv) Caractère artificiel

Les planificateurs fiscaux peuvent éprouver des difficultés à utiliser les techniques lorsque les mesures à prendre sont apparemment artificielles et difficiles à expliquer à des gens d'affaires qui ont beaucoup de sens pratique. Cet aspect pourrait être particulièrement important dans le cas d'opérations comportant des risques élevés lorsque les groupes font affaire avec ces entrepreneurs qui ont de bonnes idées mais peu d'appuis financiers ou d'expérience en gestion.

Tel qu'il sera discuté plus loin dans ce texte, le ministre des Finances avait été jusqu'à proposer, dès 1985, un avant-projet de loi introduisant un système de transfert de pertes à l'intérieur d'un groupe corporatif. Selon le système proposé, les transferts de pertes étaient autorisés entre une filiale⁵ et sa société mère ou entre filiales au sein d'un groupe. Le système prévoyait un choix annuel conjoint par les deux parties à un tel transfert. La perte transférée pouvait être portée en déduction du revenu imposable de la société pour son année d'imposition au cours de laquelle celle du cédant avait pris fin. L'épargne fiscale passait donc à la société récipiendaire participant à ce choix. Cette proposition n'exigeait pas que la société bénéficiaire verse une compensation à la société cédante, mais elle ne l'empêchait pas non plus.

Cette proposition de mai 1985 ne dépassa jamais le stade d'avant-projet de loi. Tel qu'il en sera traité plus loin dans le présent texte, des raisons budgétaires et des considérations fédérales-provinciales expliqueraient principalement le retrait de cette proposition.

Quelques années plus tard, soit le 30 juin 1988, le ministère des Finances du Canada déposait un nouveau projet de loi⁶ contenant, entre autres, la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »), soit l'article 245 L.I.R. Dans les notes explicatives, le ministère des Finances s'exprimait ainsi :

⁵ Une filiale était définie comme une société canadienne imposable, si 95 % des actions en circulation de chaque catégorie du capital-actions de la filiale (autre que des actions privilégiées à valeur fixe) sont détenues par la société mère ou d'autres filiales.

⁶ CANADA, ministère des Finances, *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, le Régime de pensions du Canada, la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, la Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé et certaines lois connexes*, Projet de loi C-139, 2^e session, 33^e législature (Can.), 30 juin 1988.

« [...] Un autre exemple est celui du transfert de revenus ou de déductions au sein d'un groupe de corporation liées. Plusieurs dispositions de la Loi limitent la possibilité pour un contribuable d'utiliser les pertes, les déductions et les crédits subis ou acquis, selon le cas, par des contribuables non liés, en particulier des corporations. Les règles sur la limitation des pertes prévues aux paragraphes 111(4) à (5.2) de la Loi, qui s'appliquent lors d'un changement de contrôle d'une corporation, en constituent un exemple important. L'application de ces règles se limite généralement à la déduction de pertes et d'autres montants par des parties non liées. Des exceptions sont expressément prévues dans le cas des opérations qui permettraient à des corporations canadiennes liées à une corporation donnée de se prévaloir des pertes, des déductions ou des crédits acquis par cette dernière. En fait, l'agencement de la Loi, prise dans son ensemble, ainsi que l'objet déclaré et l'esprit des règles sur la limitation des pertes des corporations permettent manifestement des opérations de ce genre entre des corporations liées lorsque ces opérations ont par ailleurs des effets juridiques et qu'elles sont conformes à la lettre et à l'esprit de ces exceptions. Par conséquent, même si ces opérations peuvent sembler obéir principalement à des considérations fiscales, elles ne tombent normalement pas sous le coup de l'article 245, puisqu'elles n'entraînent habituellement pas d'abus.

Cependant, les opérations effectuées au sein d'un groupe de corporations liées n'échapperont pas toutes nécessairement à l'application de la règle anti-évitement. Il pourrait se présenter des cas où le nouvel article 245 s'appliquerait, par exemple :

- Quand l'opération entraîne la double déduction du même montant;
- Quand les opérations sont effectuées afin de rendre liées plusieurs corporations, dans le seul but d'éviter une limitation de pertes; ou
- Quand l'opération vise une autre utilisation abusive des règles sur la limitation des pertes [...]. »

Dans son rapport de novembre 1996⁷, le Vérificateur général du Canada commentait la pratique de plus en plus courante au Canada de compenser de façon administrative les lacunes législatives. Plus précisément, le Vérificateur général du Canada constatait que l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») était souvent confrontée à des situations qui n'étaient pas spécifiquement couvertes par la loi fiscale quoique l'intention du législateur puisse être claire. De l'avis du Vérificateur général, même si les pratiques administratives étaient utiles pour régler certaines situations, si ces pratiques administratives n'étaient pas consacrées par la loi en temps opportun, elles

⁷ CANADA, Bureau du Vérificateur général du Canada, *Rapport du Vérificateur général du Canada à la Chambre des communes*, c. 37, novembre 1996.

pourraient être contestées devant les tribunaux et mêmes être renversées par ceux-ci.

Le Vérificateur général citait spécifiquement les situations d'utilisation des pertes à l'intérieur d'un groupe corporatif. Il constatait que la politique administrative des autorités fiscales canadiennes respectait la politique fiscale telle qu'elle avait été énoncée dans le rapport du ministre Wilson et le Projet de loi C-139 introduisant la RGAÉ. Selon le Vérificateur général, la politique administrative était basée sur le concept économique que deux groupes corporatifs ne devaient pas faire l'objet d'une distinction sur le plan fiscal selon la structure légale qu'ils adoptaient. Spécifiquement, le Vérificateur général soulignait deux inquiétudes relativement à cette pratique administrative qui n'était pas appuyée par un amendement législatif. Ces inquiétudes sont toujours présentes à ce jour.

Premièrement, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contient aucun régime cohérent permettant un régime de consolidation des pertes. Ainsi, la politique administrative de l'ARC est basée sur les notes explicatives émises par le ministère des Finances. Cette pratique administrative ne procure pas aux contribuables le même degré de certitude qu'un amendement législatif.

La deuxième inquiétude soulevée par le Vérificateur général est illustrée par une des opérations de consolidation fiscale constatée par le Vérificateur général qui impliquait plus de 30 transactions afin d'accomplir ladite consolidation. Ainsi, le Vérificateur se questionne à savoir pourquoi les contribuables doivent déployer tant d'efforts alors que le législateur a clairement exprimé son intention de permettre à un groupe corporatif de ne payer l'impôt que sur une base nette. De plus, constate le Vérificateur général, les structures complexes entreprises par les contribuables afin de consolider les attributs fiscaux à l'intérieur d'un groupe corporatif représentent des défis importants pour les vérificateurs de l'ARC.

Ainsi, la principale recommandation du Vérificateur général était de faire en sorte que l'ARC continue de consulter le ministère des Finances du Canada afin de permettre que des pratiques administratives soient consacrées par des amendements législatifs.

Finalement, plus récemment, était déposé en décembre 1997 le rapport du comité Mintz⁸ sur la fiscalité des entreprises au Canada. Nous aborderons

⁸ CANADA, Comité technique de la fiscalité des entreprises, *Rapport du comité de la fiscalité des entreprises*, Ottawa, 1997 (ci-après « comité Mintz »).

certaines conclusions de ce rapport plus loin dans le présent texte, mais citons ici certaines de ses constatations. Le comité Mintz commence son analyse en la matière sur l'origine des pertes :

- i) Premièrement, une entreprise peut subir une perte économique lorsque ses revenus provenant de la vente de biens et de services et ses revenus d'investissement sont insuffisants pour couvrir les salaires, les matières premières, l'intérêt sur l'argent emprunté et l'amortissement sur les biens en immobilisation.
- ii) Deuxièmement, les pertes aux fins fiscales peuvent aussi survenir lorsque certains types de revenus ne sont pas assujettis à l'impôt ou lorsque les coûts sont amortis ou reconnus de façon plus généreuse à des fins fiscales qu'ils ne le sont au niveau des états financiers. Ainsi, lorsque de telles pertes se produisent, le gouvernement doit déterminer comment de telles pertes doivent être traitées au niveau fiscal.

Le traitement fiscal des pertes n'est évidemment pas un élément à sous-estimer, compte tenu particulièrement de l'impact sur les finances publiques. Par exemple, pour la période de 20 ans de 1965 à 1985, comme le souligne le comité Mintz, au moins 45 % des sociétés au Canada rapportaient des revenus imposables de zéro ou des pertes. De plus, le montant cumulatif des pertes fiscales non utilisées des sociétés canadiennes est passé de 68,5 milliards de dollars en 1985 à 115 milliards de dollars en 1995.

Le comité Mintz notait que seulement un total de 13 milliards de dollars de pertes furent utilisées en 1994 afin de réduire le revenu imposable des sociétés canadiennes, soit environ 10 % des pertes fiscales accumulées à la fin de 1993. On se doit donc de constater que ce ne sont pas toutes les pertes fiscales qui sont utilisées ou récupérées.

Tel qu'il a été mentionné dans le présent texte, plusieurs raisons expliquent l'incapacité d'un groupe corporatif d'utiliser les pertes fiscales accumulées. Toutefois, la complexité du système fiscal canadien en constitue très certainement une des raisons principales.

À la lecture des différents rapports cités précédemment, nous sommes amenés à distinguer une volonté claire, constante et maintes fois répétée par les divers intervenants de la communauté fiscale au Canada afin de favoriser un régime qui permettrait, d'une façon ou d'une autre, de consolider à l'intérieur d'un groupe corporatif certains attributs fiscaux, à tout le moins de permettre un transfert des pertes inutilisées. Nous constaterons que, dans ce domaine, il y a une marge importante entre les intentions et les actes. Pour

s'en convaincre, nous nous attarderons, dans les prochaines pages, à décrire de façon générale les principales caractéristiques du régime fiscal canadien en vigueur aujourd'hui relativement à l'utilisation des pertes fiscales et autres attributs fiscaux à l'intérieur d'un groupe corporatif.

2. CONCEPTS AYANT UNE INFLUENCE SUR LA RESPONSABILITÉ FISCALE DE SOCIÉTÉS MEMBRES D'UN GROUPE CORPORATIF

Nous avons déjà souligné que les lois fiscales canadiennes ne comprennent aucune disposition permettant de consolider les résultats des sociétés faisant partie d'un groupe corporatif, chacune des sociétés comprises dans un groupe corporatif ayant ses propres attributs fiscaux qu'elle ne peut partager avec les autres sociétés faisant partie du groupe donné. De même, chacune des sociétés du groupe doit produire une déclaration fiscale annuelle, sans qu'il soit possible pour elle de produire une déclaration fiscale consolidée pour tous les membres du groupe à l'intérieur de laquelle elle pourrait consolider ses revenus et pertes et partager certains avantages fiscaux.

Toutefois, certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* stipulent que deux ou plusieurs sociétés sont en réalité une seule et même entité, notamment aux fins de déterminer certains attributs fiscaux et le partage de certains avantages fiscaux. À cette fin, la *Loi de l'impôt sur le revenu* utilise différents concepts afin de définir un groupe corporatif aux fins de certaines dispositions. Ces définitions requièrent une connexité particulière qui est propre à chacune d'elles et s'appliquent dans différents contextes. À cet égard, les principaux concepts auxquels la *Loi de l'impôt sur le revenu* fait référence afin de circonscrire la notion de groupe corporatif sont « lié », « affilié », « associé », « rattaché » et « lien de dépendance ».

La connexité requise aux fins de ces définitions est habituellement basée sur la notion de « contrôle » entre les sociétés membres d'un groupe corporatif donné et, selon le concept auquel il est fait référence, la connexité requise sera basée sur le contrôle *de jure*, le contrôle *de facto* ou une autre définition statutaire de la notion de contrôle.

Sans faire une revue du concept de contrôle *de jure* et *de facto*, qui déborde le sujet du présent texte⁹, il convient de faire un bref survol de ces notions.

⁹ Pour une revue plus complète de cette notion, voir notamment : François AUGER, « Impact des règles d'acquisition de contrôle », dans *Colloque – Achat/vente d'une* (à suivre...)

La notion de contrôle *de jure* n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Toutefois, nous comprenons que cette notion fait référence au droit qui est lié à la détention des actions d'une société permettant d'élire la majorité des administrateurs par l'exercice du droit de vote qui est rattaché à ces actions. Par ailleurs, la phrase « contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » prolonge la notion de contrôle afin d'y inclure le contrôle *de facto* qui, soumis à certaines exceptions, englobera les situations où une personne, par l'exercice de son influence pouvant être exercée sur les activités de la société, détient le contrôle de fait de la société.

2.1. SOCIÉTÉS LIÉES¹⁰

Le concept de « sociétés liées » est sans doute le plus restrictif auquel la *Loi de l'impôt sur le revenu* fait référence afin d'établir un groupe corporatif à certaines fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ce concept, lorsqu'il se rapporte à deux sociétés, est essentiellement tributaire de la relation de contrôle entre ces deux sociétés. Aux fins de cette définition, la notion de contrôle à laquelle il est fait référence est la notion de contrôle *de jure*. Une société sera liée à une autre société lorsque : i) elles sont contrôlées par la même personne ou le même groupe de personnes, ii) la personne qui contrôle la première société est liée à la personne qui contrôle la seconde société, iii) la personne qui contrôle la première société est liée à un membre d'un groupe lié qui contrôle l'autre société, iv) la personne qui contrôle la première société est liée à chaque membre d'un groupe non lié qui contrôle l'autre société, v) l'un des membres d'un groupe lié contrôlant la première

(...suite)

PME – Planification fiscale pour l'acheteur et le vendeur, 103, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 4:1-49; Charles P. MARQUETTE, « Selected Income Tax Issues of Particular Relevance to Shareholders' Agreements: Part 1 », *Personal tax planning*, (2001), vol. 49, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 182-210; Maureen DONNELLY et Allister YOUNG, « The Associated Corporation Rules: Getting Tax Reduction Under "Control" », (1998), vol. 46, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 589-625; Gregory R. HISELER, « Corporate Control », dans *1988 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1989, pp. 12:1-33; Jack BERNSTEIN, « Corporate Control: An evolving Concept », (1995), vol. 43, n° 5 *Revue fiscale canadienne* 1412-1440; David M. WILLIAMSON et Michael MANLY, « Acquisition of Control: An Update », dans *Corporate Management Tax Conference 1996*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1996, pp. 5:1-43, Paul A. LEFEBVRE et Roger TAYLOR, « "Contrôlée directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit", de Buckerfield's à Silicon Graphics Ltd. », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 28:1-27.

¹⁰ Par. 251(2) L.I.R.

société est lié à chaque membre d'un groupe non lié qui contrôle l'autre société, vi) chaque membre d'un groupe non lié contrôlant la première société est lié à au moins un membre d'un groupe non lié qui contrôle l'autre société, ou vii) chacune des sociétés est liée à une même tierce société.

Par ailleurs, l'alinéa 251(5)b) L.I.R. stipule, aux fins notamment de la définition du concept de « sociétés liées », qu'une personne est réputée détenir les actions qu'elle peut acquérir en vertu de certains droits ou qu'elle est en mesure de contrôler les droits de vote y afférents.

Puisque le concept de « sociétés liées » est le concept le plus restrictif de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, certaines sociétés qui sont par ailleurs liées seront également couvertes par d'autres concepts de rattachement. Le concept de « sociétés liées » est utilisé notamment afin d'exempter une société du paiement de l'impôt payable en application de la Partie VI.1 L.I.R. lorsque des dividendes sont versés sur certaines actions privilégiées qui sont détenues par une société à laquelle elle est liée. De même, aux fins de l'impôt des grandes sociétés¹¹, l'abattement de capital de 50 M\$¹² doit être partagé entre les sociétés liées.

Dans certaines circonstances, une société pourra transférer le montant qu'elle doit inclure dans le calcul de son revenu en application de l'article 80 L.I.R. en faveur de certaines sociétés canadiennes imposables à laquelle elle est liée¹³. En d'autres termes, dans des situations particulières de remise de dettes, le régime fiscal canadien permet d'utiliser les attributs fiscaux des sociétés liées.

Avant l'introduction du concept de « sociétés affiliées », la consolidation fiscale entre membres d'un groupe corporatif n'était permise¹⁴ qu'entre sociétés liées.

¹¹ Partie I.3 L.I.R.

¹² Par. 181.5(1) L.I.R.

¹³ La *Loi de l'impôt sur le revenu* fait référence à cet effet au concept de « personne désignée », et inclut certaines sociétés liées dans la mesure où ces dernières contrôlent la société en question ou sont contrôlées par celle-ci.

¹⁴ CANADA, ministère des Finances, *Explanatory Notes to Proposed Tax Legislation (Bill C-139)*, 30 juin 1988, p. 328. Voir les commentaires du ministère des Finances lors de l'introduction du Projet de loi C-139.

2.2. SOCIÉTÉS AFFILIÉES¹⁵

Le concept de « sociétés affiliées » est quant à lui basé sur le test du contrôle *de facto*¹⁶ et est généralement plus large que le concept de sociétés liées. Ainsi, une société est affiliée à une autre société si : i) chacune des sociétés est contrôlée par une personne, et ces deux personnes sont affiliées l'une à l'autre; ii) l'une des sociétés est contrôlée par un groupe de personnes dont chaque membre est affilié à la personne qui contrôle l'autre société; ou iii) chacune des sociétés est contrôlée par un groupe de personnes, et chaque membre de chacun de ces groupes est affilié à au moins un membre de l'autre groupe. Par ailleurs, une personne est réputée être affiliée à elle-même et à son conjoint. La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit également certaines situations où une société est affiliée à une société de personnes.

Le concept de personnes affiliées est notamment utilisé aux fins de certaines règles sur la minimisation des pertes qui empêchent ou reportent la constatation ou l'utilisation d'une perte à l'égard de certains transferts entre personnes affiliées.

Des transactions à l'intérieur d'un groupe corporatif, telles que la vente de biens d'une société en faveur d'une autre société à laquelle elle est affiliée, peuvent entraîner la réalisation d'un revenu (ou d'une perte) ou d'un gain en capital (ou d'une perte en capital nette) correspondant au montant par lequel la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») du bien excède le coût ou coût indiqué du bien (ou lui est inférieure), selon le cas, du vendeur. Alors que le revenu ou le gain réalisé dans le cadre de la transaction devra être inclus dans le calcul du revenu du cédant aux fins fiscales, la constatation de la perte sera toutefois suspendue ou annulée en faveur du cédant ou du cessionnaire, selon le cas, jusqu'à ce que survienne un événement subséquent tel que la vente ultérieure du bien ou la désaffiliation des personnes concernées¹⁷. Ainsi, on refusera qu'une perte soit cristallisée à l'occasion de certains transferts entre les membres d'un groupe de sociétés affiliées ou lorsque la situation économique du groupe corporatif à l'égard du bien demeure, dans une certaine mesure, la même.

¹⁵ Par. 251.1(1) L.I.R.

¹⁶ Par. 251.1(3) L.I.R.

¹⁷ Voir à cet effet notamment les paragraphes 40(3.4), 40(3.6), 13(21.2), 14(12) et le sous-alinéa 40(2)g(i) L.I.R.

Toutefois, même si ces règles sur la minimisations des pertes empêchent qu'une perte ne soit réalisée dans certaines circonstances, ces règles n'empêchent pas qu'une perte qui a déjà été réalisée par une société ne soit utilisée par une autre société « affiliée » du groupe. L'ARC a notamment pour politique administrative de permettre le transfert et l'utilisation des pertes accumulées d'une société, dans la mesure où le transfert s'effectue entre les membres d'un groupe corporatif qui est composé de sociétés affiliées¹⁸.

Au même effet, certaines techniques de consolidation de pertes prévoient le transfert de biens en faveur notamment d'une société pour un produit de disposition qui est inférieur à la JVM du bien (par exemple, dans le cadre d'un roulement) afin de profiter notamment des pertes accumulées et non utilisées d'une autre société dans le cadre d'une revente ultérieure. Or, le paragraphe 69(11) L.I.R. prévoit que le transfert du bien sera réputé être effectué pour un produit de disposition qui correspond à la JVM du bien dans ces circonstances, à moins que le transfert ne survienne entre parties étant affiliées¹⁹ immédiatement avant le début de la série de transactions qui inclut le transfert du bien.

2.3. SOCIÉTÉS ASSOCIÉES²⁰

Le concept de « sociétés associées » concerne uniquement les sociétés et il est généralement plus large que celui de personnes liées. Aux fins de la définition de sociétés associées, le concept de contrôle fait référence au contrôle *de facto*. Ainsi, deux sociétés seront associées l'une à l'autre au cours d'une année d'imposition si, au cours de l'année : i) l'une contrôle l'autre; ii) la même personne ou le même groupe de personnes contrôle les deux sociétés; iii) la personne qui contrôle la première société est liée à la personne qui contrôle l'autre société et cette personne est propriétaire d'au moins 25 % des actions émises d'une catégorie (autre que des actions exclues) de l'autre société; iv) la personne qui contrôle la première société est liée à chaque membre du groupe de personnes qui contrôle l'autre société

¹⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 9, 10 février 1997. Par cette publication, l'ARC annonçait que le test de connexité requis dans le cadre de structures permettant l'utilisation des pertes était désormais basé sur la notion de « sociétés affiliées » plutôt que sur la notion de « sociétés liées ».

¹⁹ À cette fin, la notion de « sociétés affiliées » ne fait référence qu'au contrôle *de jure*, puisqu'on exclut spécifiquement l'application du paragraphe 251.1(3) L.I.R.

²⁰ Par. 256(1) L.I.R.

et cette personne est propriétaire d'au moins 25 % des actions émises d'une catégorie (autres que des actions exclues) de l'autre société; v) chaque membre du groupe lié qui contrôle la première société est lié à tous les membres du groupe lié qui contrôle l'autre société et une ou plusieurs des personnes membres des deux groupes liés sont propriétaires, seuls ou ensemble, d'au moins 25 % des actions émises d'une catégorie (autres que des actions exclues) de chaque société; ou vi) chacune des sociétés est associée à une même tierce société.

Le concept de « sociétés associées » est davantage utilisé afin de circonscrire certains bénéfices fiscaux qui sont octroyés aux sociétés. À titre d'exemple, les sociétés associées doivent se partager le plafond des affaires aux fins de la déduction accordée aux petites entreprises²¹, elles doivent également se partager la limite de dépenses aux fins du calcul du crédit d'impôt à l'investissement majoré²² ainsi que le montant de l'exemption totale de dividende aux fins de l'impôt payable en application de la Partie VI.1 L.I.R.²³

2.4. SOCIÉTÉS RATTACHÉES²⁴

La *Loi de l'impôt sur le revenu* utilise la notion de « sociétés rattachées » à deux fins distinctes et, par conséquent, ce concept diffère selon la fin recherchée. Dans le premier cas, ce concept correspond, à quelques exceptions près, au concept de lien de dépendance²⁵ et est utilisé afin de soustraire certaines situations qui seraient par ailleurs visées par le concept de « sociétés ayant entre elles un lien de dépendance » aux fins notamment du calcul d'un avantage en vertu des paragraphes 15(2) et 80.4(2) L.I.R. lorsqu'un prêt est effectué par une société à une autre personne qui est rattachée à la société.

Dans le second cas, ce concept est applicable à l'égard des sociétés et requiert soit : i) que l'une des sociétés contrôle l'autre; ou ii) que la société détienne à la fois plus de 10 % des actions émises comportant plein droit de vote en toutes circonstances de l'autre société et des actions représentant

²¹ Par. 125(2) L.I.R.

²² Par. 127(10.3) L.I.R.

²³ Par. 191.1(3) L.I.R.

²⁴ Par. 14(2.1), 80.4(8) et 186(4) L.I.R.

²⁵ Par. 15(2.1) et 80.4(8) L.I.R.

plus de 10 % de la JVM de la totalité des actions émises de l'autre société²⁶. Aux fins de ce concept, la notion de contrôle est élargie²⁷ par le paragraphe 186(2) L.I.R. En application de ce paragraphe, une société contrôle une autre société si plus de 50 % des actions émises comportant plein droit de vote en toutes circonstances de l'autre société appartiennent à la première société ou à des personnes ayant un lien de dépendance avec cette société ou à la fois à cette société et à des personnes ayant un lien de dépendance avec elle. Ce concept, tel qu'il est ici défini, est notamment utilisé dans le cadre du calcul de l'impôt de la Partie IV L.I.R. et afin de qualifier les actions d'une société au titre d'actions admissibles de petite entreprise aux fins de réclamer notamment la déduction du gain en capital de 500 000 \$²⁸.

2.5. SOCIÉTÉS AYANT ENTRE ELLES UN LIEN DE DÉPENDANCE²⁹

Ce concept est sans doute le concept relationnel le plus large auquel la *Loi de l'impôt sur le revenu* fait référence. Alors que les personnes qui sont liées sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance³⁰, la question de savoir si des personnes non liées entre elles ont un lien de dépendance est une question de fait. Différents critères ont été élaborés par les tribunaux afin de déterminer si des personnes qui ne sont pas liées entre elles ont un lien de dépendance. Ces critères, qui ne sont pas exclusifs sont : i) le critère de l'âme dirigeante; ii) le critère de l'action concertée et iii) le critère de l'exercice effectif du contrôle³¹.

Dans le cadre de l'application du critère de l'âme dirigeante, deux sociétés auront un lien de dépendance si, dans le cadre d'une transaction, l'une des parties dirige et oriente les négociations pour l'autre. Le critère de l'action concertée est une extension du test de l'âme dirigeante et s'appliquera notamment lorsque deux sociétés, ayant un but ou un objectif commun, ont le même intérêt dans la réalisation de ce but ou de cet objectif. Finalement, deux sociétés qui ne sont pas liées par ailleurs auront entre elles

²⁶ Par. 186(4) L.I.R.

²⁷ *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 1999-0008375F, 10 novembre 2000.

²⁸ Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise » L.I.R.

²⁹ Par. 251(1) L.I.R.

³⁰ Al. 251(1)a) L.I.R.

³¹ Voir à cet effet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 8 juin 2004, par. 16.

un lien de dépendance si l'une des sociétés a le contrôle effectif de la seconde ou si ces sociétés sont contrôlées dans les faits par une même personne. Bien que la dépendance économique et l'interdépendance n'entraînent pas nécessairement la constatation d'un contrôle effectif, cette situation peut s'avérer un facteur à considérer afin d'établir si le test de l'âme dirigeante a été rempli. D'autre part, si un actionnaire ne contrôle pas une autre société et s'il n'est pas autrement lié à cette dernière, l'actionnaire et la société seront de façon générale réputés ne pas avoir de lien de dépendance entre eux³².

Le concept de « sociétés ayant entre elles un lien de dépendance » est notamment utilisé dans le cadre de diverses mesures antiévitement. À titre d'exemple, l'article 69 L.I.R. stipule que, dans le cadre d'un transfert d'un bien entre personnes ayant un lien de dépendance, le produit de disposition qui a été reçu en contrepartie du bien est au moins égal à la JVM du bien; les règles de l'article 247 L.I.R. s'appliquent relativement aux prix de transfert dans un contexte transfrontalier entre personnes ayant un lien de dépendance; les règles contenues aux articles 84.1 et 212.1 L.I.R. s'appliquent afin de réputer, dans certaines circonstances, qu'un dividende est reçu et payé dans le cadre de certains transferts d'actions d'une société qui réside au Canada en faveur d'une autre société avec laquelle le vendeur a un lien de dépendance³³.

De même, le concept de « sociétés ayant entre elles un lien de dépendance » est également utilisé afin de restreindre l'accès à certains avantages fiscaux pour des transactions entre personnes sans lien de dépendance. À titre d'exemple, le sous-alinéa 212(1)b(vii) L.I.R., qui permet de soustraire à la retenue d'impôt de la Partie XIII L.I.R. le paiement d'intérêts à l'égard de certaines dettes dont le terme est d'au moins cinq ans, ne s'applique qu'entre personnes n'ayant pas de lien de dépendance; la règle de la majoration du coût des biens en immobilisation, autres que les biens amortissables, lors d'une liquidation ou d'une fusion visée, selon le cas, aux paragraphes 88(1) et 87(11) L.I.R., ne s'appliquent pas si la filiale a acquis un bien qui est distribué à la société mère dans le cadre de la liquidation ou de la fusion, auprès d'une personne avec laquelle elle a un lien de

³² *Id.*, par. 32.

³³ De plus, l'application de ces mesures antiévitement requiert que la société qui acquiert les actions soit rattachée (au sens du paragraphe 186(4) L.I.R.) à la société qui acquiert les actions immédiatement après la disposition des actions.

dépendance dans le cadre d'une série d'opérations ou d'événements qui inclut l'acquisition de contrôle de la filiale³⁴.

De plus, le coût en capital ou le coût de biens amortissables ou de biens en immobilisation admissibles à l'égard desquels des déductions discrétionnaires peuvent être réclamées sera diminué lorsque le bien a été acquis auprès d'une personne avec laquelle l'acquéreur avait un lien de dépendance dans certaines circonstances³⁵.

2.6. CONSTAT PRÉLIMINAIRE

Nous constatons que notre régime fiscal utilise plusieurs concepts différents ayant tous pour but, directement ou indirectement, de limiter ou d'encadrer le partage de certains avantages fiscaux à l'intérieur d'un groupe corporatif. La complexité et la disparité de ces concepts ne facilitent en rien la tâche du contribuable ou du praticien qui tente d'optimiser l'utilisation de ces attributs fiscaux à l'intérieur d'un groupe corporatif.

3. RÉORGANISATION STATUTAIRE

Tel qu'il a été illustré précédemment, bien que la *Loi de l'impôt sur le revenu* considère à certaines fins que plusieurs sociétés forment un groupe et que les membres de ce groupe doivent se partager entre eux certains avantages et attributs fiscaux, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne permet toutefois pas que ces sociétés, peu importe le lien qui les unit, puissent, au cours d'une année d'imposition, utiliser directement les pertes fiscales réalisées par des sociétés de groupe à l'encontre de leurs revenus.

Par conséquent, lorsque deux sociétés font partie du même groupe corporatif et que l'une d'entre elles réalise une perte autre qu'en capital au cours d'une année d'imposition alors que l'autre a un revenu imposable pour cette même année, le groupe corporatif ne pourra diminuer directement sa charge fiscale pour cette année d'imposition en utilisant les pertes de la première société à l'encontre des revenus de la seconde société. Toutefois, si les entreprises de ces deux sociétés étaient exploitées par une seule et même société, il serait possible de diminuer les revenus provenant de la première entreprise par les pertes générées par la seconde et de diminuer en

³⁴ S.-al. 88(1)c)(v) L.I.R.

³⁵ Voir notamment l'alinéa 13(7)e) L.I.R., ainsi que l'élément A du paragraphe 14(5) « montant cumulatif des immobilisations admissibles » L.I.R., tel que modifié par les propositions législatives du 20 décembre 2002 et du 27 février 2004.

conséquence la responsabilité fiscale de la société par rapport à celle du groupe corporatif.

Dans le cadre de réorganisations corporatives statutaires telles que la liquidation et la fusion, il sera possible, selon certaines conditions, de consolider certains attributs fiscaux des sociétés qui fusionnent ou des sociétés liquidées dans leur société mère tels les soldes des pertes autres qu'en capital et pertes en capital nettes de ces dernières. La section qui suit résumera succinctement les règles applicables à l'utilisation des pertes dans le cadre des réorganisations statutaires que sont la fusion et la liquidation³⁶.

Afin que les pertes accumulées au sein d'une entité qui fusionne ou d'une entité qui est liquidée puissent être utilisées après la réorganisation statutaire par la société issue de la fusion ou par la société ayant acquis les biens de la société liquidée dans le cadre de la liquidation de cette dernière, la fusion ou la liquidation, selon le cas, doit être une fusion ou une liquidation admissible. Les pertes subies avant la réorganisation statutaire seront généralement disponibles lorsque les règles contenues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettent qu'une fusion³⁷ ou une liquidation³⁸ soit effectuée sur une base dite de roulement, et donc libre d'impôt pour les sociétés concernées et/ou leurs actionnaires, le cas échéant.

3.1. FUSION ADMISSIBLE

Afin qu'une fusion puisse bénéficier du traitement fiscal prévu à l'article 87 L.I.R., les conditions suivantes doivent être respectées. Premièrement, les sociétés qui fusionnent doivent être, immédiatement avant la fusion, des sociétés canadiennes imposables au sens du paragraphe 89(1) L.I.R.³⁹ Deuxièmement, les biens appartenant aux sociétés qui fusionnent immédiatement avant la fusion doivent devenir des biens de la société

³⁶ Pour une étude détaillée de ces concepts, voir François AUGER, « Fusion ou liquidation », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 4:1-50.

³⁷ Par. 87(1) L.I.R.

³⁸ Par. 88(1) L.I.R.

³⁹ Une société canadienne imposable signifie, à tout moment où cette désignation est pertinente, une société canadienne qui n'était pas, en vertu d'une disposition législative, exemptée de l'impôt de la Partie I L.I.R.

fusionnée à la suite de la fusion⁴⁰. Troisièmement, tous les engagements des sociétés qui fusionnent existant immédiatement avant la fusion doivent devenir des engagements de la société fusionnée⁴¹. Finalement, les actionnaires⁴² qui détenaient des actions du capital-actions d'une des sociétés qui fusionnent immédiatement avant la fusion doivent recevoir des actions du capital-actions de la société fusionnée en raison de la fusion⁴³.

Certaines règles particulières existent afin d'assurer que ce dernier critère soit néanmoins rempli lorsque les actions d'une filiale à part entière d'une société mère sont simplement annulées à l'occasion d'une fusion verticale simplifiée. En vertu du paragraphe 87(1.1) L.I.R., dans le cadre d'une fusion d'une société et d'une ou de plusieurs de ses filiales détenues à 100 % ou de plusieurs sociétés dont chacune est une filiale à 100 % de la même société, toutes les actions du capital-actions d'une société qui fusionne qui appartenaient à un actionnaire immédiatement avant la fusion et qui n'ont pas été annulées dans le cadre de celle-ci sont réputées être des actions du capital-actions de la société fusionnée, reçues par l'actionnaire en vertu de la fusion à titre de contrepartie pour la disposition des actions du capital-actions de la société qui fusionne.

Ce critère ne sera pas strictement rempli lorsque, dans le cadre d'une éviction par voie de fusion ou « amalgamation (*squeeze-out*) », certains actionnaires minoritaires ayant exercé leur droit de dissidence reçoivent une contrepartie monétaire plutôt que des actions de la société fusionnée⁴⁴. L'ARC accorde toutefois une grâce administrative dans de telles situations.

⁴⁰ Ceci s'applique à tous les biens d'une société qui fusionne sauf en ce qui a trait aux sommes à recevoir d'une autre société qui fusionne ou aux actions du capital-actions des sociétés qui fusionnent.

⁴¹ À l'exception des sommes payables à l'une des sociétés qui fusionnent par une société qui fusionne.

⁴² Sauf en ce qui a trait à un actionnaire d'une société qui fusionne qui est lui-même une des sociétés qui fusionnent.

⁴³ Al. 87(1)c) L.I.R.

⁴⁴ La fusion peut être un moyen efficace de se défaire des actionnaires minoritaires et obtenir la propriété exclusive de la société. Dans le cadre-type d'une fusion dite de *squeeze-out*, l'actionnaire majoritaire de la société force le départ des actionnaires minoritaires en fusionnant avec la société liée. Dans le cadre de la fusion, les actionnaires minoritaires reçoivent des actions privilégiées de la société fusionnée qui seront immédiatement rachetées pour une considération monétaire. La fusion pourra ainsi respecter les conditions de l'article 87 L.I.R. L'ARC a indiqué qu'elle ne cherchait généralement pas à appliquer la RGAÉ dans de telles circonstances.

Lorsqu'une fusion remplit les conditions décrites ci-dessus et que, par ailleurs, il s'agit bien d'une fusion et non d'une acquisition de biens d'une société par une autre société, alors la société fusionnée, les sociétés qui fusionnent ainsi que leurs actionnaires respectifs pourront, selon le cas, bénéficier du traitement fiscal particulier prévu à l'article 87 L.I.R. Généralement, et ce, contrairement à la liquidation, la présence d'actionnaires minoritaires à l'endroit d'une société qui fusionne n'influera pas sur l'application ou non du traitement fiscal prévu à l'article 87 L.I.R. sauf en ce qui a trait à certaines dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont celles traitant du report rétrospectif de pertes⁴⁵.

3.2. LIQUIDATION ADMISSIBLE

Afin qu'une liquidation puisse s'effectuer sur une base de roulement, la filiale liquidée doit être une société canadienne imposable et au moins 90 % des actions émises de chaque catégorie de son capital-actions appartiennent, immédiatement avant la liquidation, à une autre société canadienne imposable. De plus, toutes les actions de la filiale qui n'appartiennent pas à la société mère immédiatement avant la liquidation doivent appartenir à des personnes avec lesquelles la société mère n'a pas de lien de dépendance à ce moment. Dans la mesure où ces conditions sont remplies, la liquidation d'une filiale pourra se qualifier au traitement fiscal prévu au paragraphe 88(1) L.I.R.

De façon générale, à l'occasion d'une telle liquidation, tous les biens de la filiale liquidée qui sont distribués à la société mère (et, le cas échéant, aux actionnaires minoritaires) seront réputés faire l'objet d'une disposition⁴⁶. Toutefois, en ce qui a trait aux biens reçus par la société mère, ceux-ci (à l'exception d'une participation dans une société de personnes) seront réputés avoir été disposés par la filiale liquidée pour une contrepartie égale à leur coût indiqué pour celle-ci, tel qu'il a été déterminé immédiatement avant la liquidation⁴⁷.

⁴⁵ Le paragraphe 87(2.11) L.I.R. permet un report rétrospectif des pertes subies par une société fusionnée à l'ancienne société mère (selon les règles prévues à l'article 111 L.I.R.) lors d'une fusion verticale simplifiée ou de toute autre fusion concernant une société avec une filiale détenue à 100 %, tel qu'il est décrit au paragraphe 87(1.4) L.I.R.

⁴⁶ Al. 88(1)a) L.I.R.

⁴⁷ S.-al. 88(1)a)(iii) L.I.R.

Par contre, si l'une ou l'autre des conditions susmentionnées n'est pas remplie et que le paragraphe 88(1) L.I.R. ne s'applique pas, alors la liquidation donnera lieu à une disposition par la filiale liquidée à tous ses actionnaires, tant la société mère que les actionnaires minoritaires, de tous ses biens pour une contrepartie réputée être à la JVM de ceux-ci⁴⁸.

3.3. RÈGLES SUR LES REPORTS DE PERTES

À la suite d'une fusion ou d'une liquidation admissible, la société issue de la fusion ou la société mère, selon le cas, pourrait, dans certaines circonstances, utiliser les pertes autres qu'en capital et pertes en capital nettes des sociétés qui fusionnent ou de leur filiale de façon prospective. Par ailleurs, dans certaines circonstances, les pertes que réaliseront la société fusionnée et la société mère pourront être utilisées à l'encontre des revenus de certaines sociétés qui fusionnent ou de la société mère avant la réorganisation statutaire.

3.3.1. Report prospectif des pertes inutilisées des sociétés qui fusionnent ou de la filiale liquidée

Le paragraphe 87(2.1) L.I.R., qui prévoit que la société est réputée être la même société que chacune des sociétés qui fusionnent relativement à la détermination des pertes de la société issue de la fusion, permettra notamment à une société fusionnée d'utiliser les pertes autres que les pertes en capital, les pertes en capital nettes subies avant la fusion par les sociétés qui fusionnent. Ainsi, sous réserve des règles relatives à l'ordre, à la mesure d'utilisation et à l'effet d'une prise de contrôle aux paragraphes 111(3) à 111(5.4) L.I.R., les pertes des sociétés qui fusionnent pourront être utilisées par la société fusionnée. Les pertes des sociétés qui fusionnent seront disponibles pour utilisation par la société fusionnée dès sa première année d'imposition.

Il faut noter que les fins d'année d'imposition réputées qui surviennent pour les sociétés qui fusionnent au moment de la fusion comptent pour une année afin de déterminer la période à l'intérieur de laquelle la perte pourra être utilisée en vertu du paragraphe 111(1) L.I.R. Il pourrait donc être utile,

⁴⁸ Par. 88(2) L.I.R.

dans les cas où une fusion raccourcirait la période d'expiration d'une perte, de procéder par voie de liquidation plutôt que par voie de fusion⁴⁹.

En effet, lorsqu'une filiale qui est une société canadienne est liquidée dans sa société mère, également une société canadienne, et que les dispositions du paragraphe 88(1) L.I.R. s'appliquent à la liquidation, les dispositions des paragraphes 88(1.1) et (1.2) L.I.R. permettront à la société mère d'utiliser dans une certaine mesure les pertes autres que les pertes en capital nettes et les pertes en capital nettes de sa filiale.

Toutes les pertes subies par la filiale conserveront généralement leur nature et auront été subies par la société mère dans son année d'imposition au cours de laquelle l'année d'imposition de la perte de la filiale s'est terminée, dans la mesure où ladite perte n'a pas précédemment été déduite dans le calcul du revenu imposable de la filiale et aurait été déductible dans le calcul du revenu imposable de la filiale qui commence après le début de la liquidation, à supposer que la filiale ait eu une telle année d'imposition et un montant suffisant de revenus pour cette année.

Dans tous les cas, les pertes en capital nettes et les pertes autres que les pertes en capital de la filiale ne peuvent être utilisées par la société mère que pour les années d'imposition qui commencent après le début de la liquidation. Il est à noter que l'utilisation des pertes de la filiale par la société mère dans un tel contexte est assujettie aux restrictions énoncées aux alinéas 88(1.1)e) et 88(1.2)c) L.I.R. relativement à l'ordre et à la mesure d'utilisation des pertes et à l'effet des prises de contrôle.

Lorsque la société mère n'existait effectivement pas au moment où sa filiale a subi une perte donnée, le paragraphe 88(1.3) L.I.R. fait en sorte que la société mère est réputée avoir existé au cours de la période donnée commençant immédiatement avant la fin de la première année d'imposition où la perte de la filiale a été subie et se terminant immédiatement après qu'elle a été constituée; elle est réputée avoir eu, tout au long de la période donnée, des exercices financiers se terminant le jour de l'année où a pris fin son premier exercice financier et avoir été contrôlée tout au long de la

⁴⁹ Voir CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2004*, 23 mars 2004; le Discours sur le budget prévoit que les pertes autres qu'en capital subies au cours d'une année d'imposition se terminant après le 27 mars 2004 pourraient être utilisées prospectivement sur une période de 10 ans. Une mesure similaire est prévue dans QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2004-2005, Discours sur le Budget et renseignements supplémentaires*, 30 mars 2004.

période donnée par la personne ou le groupe de personnes qui la contrôlait immédiatement après qu'elle eut été constituée.

Il est également utile de noter qu'il est possible dans certains cas, pour la société mère, de demander une révision des dépenses d'amortissement réclamées par la filiale en vue d'augmenter ou de réduire les reports prospectifs de perte⁵⁰.

Bien que les paragraphes 88(1.1) et (1.2) L.I.R. fassent référence à une situation où il y a eu « liquidation » de la filiale, les pertes de la filiale ne seront disponibles pour utilisation par la société mère que dans la première année d'imposition de cette dernière qui commence après le début de la liquidation (aux fins corporatives, l'adoption d'une résolution spéciale des actionnaires constitue généralement la première étape d'une liquidation volontaire). Ainsi, les pertes de la filiale qui auraient expiré à la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle survient la liquidation seront définitivement perdues si elles ne sont pas utilisées par la filiale avant la liquidation. L'ARC prend la position qu'une perte n'est pas déductible par la société mère dans une année d'imposition de celle-ci qui commence après le début de la liquidation si, à ce moment, la filiale n'a pas encore été dissoute⁵¹. Dans une interprétation technique récente, l'ARC a pris la position suivante :

« Under most corporate law, the corporation continues to exist and a wind-up is not completed until the date shown on the certificate of dissolution authorized by the applicable federal or provincial statute. However, as indicated in paragraph 5 of IT-126R2, Meaning of Winding-Up, the Canada Customs and Revenue Agency has administratively taken the position that where the formal dissolution of a corporation is not complete but there is substantial evidence that the corporation will be dissolved within a short period of time, for the purpose of subsections 88(1) and (2) the corporation is considered to have been wound up.

This administrative position would also apply for the purpose of subsection 78(2) such that any unpaid amount which is required by that subsection to be included in computing the subsidiary's income for the taxation year in which it

⁵⁰ Voir à cet effet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 84-1, « Révision des réclamations de la déduction pour amortissement et d'autres déductions admissibles », 9 juillet 1984.

⁵¹ Voir *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétations techniques 2001-0067105, 19 mars 2001; 9829525, 1^{er} décembre 1998 et 7-4232, 15 novembre 1985.

was wound up, would reduce the amount of non-capital losses available to Holdco.

Where a Canadian corporation has been wound up, the provisions of subsection 88(1.1) will apply to permit the parent corporation to deduct the non-capital losses of its subsidiary in computing its taxable income for any taxation year beginning after the commencement of the subsidiary's winding-up to the extent that the requirements in paragraphs 88(1.1)(a) and (b) are satisfied and subject to the limitations in paragraph 88 (1.1)(e) and section 111. The administrative concession discussed above has not been extended to subsection 88(1.1) of the Act, and therefore, for the purposes of subsection 88(1.1), a corporation will not be considered wound up until it has been formally dissolved. However, once the provisions of subsection 88(1.1) of the Act become applicable, non-capital losses are available in any taxation year beginning after the commencement of the winding-up. Where the formal dissolution occurs after the previous year's tax return has been filed, an amended return can be prepared⁵². » (Notre soulignement)

La liquidation de la filiale immédiatement avant la fin d'année d'imposition de la société mère raccourcira la période d'attente avant que la société mère puisse utiliser le report prospectif de pertes. Cependant, retarder la liquidation jusqu'au moment qui précède immédiatement la fin d'année d'imposition de la société mère ne sera d'aucune assistance pour absorber le revenu de la société mère dans l'année de la liquidation. Ainsi, si le but principal de la liquidation est d'utiliser les reports de pertes prospectifs de la filiale à l'encontre du revenu de la société mère, la filiale devrait être liquidée dès que possible et un changement de la fin d'année d'imposition de la société mère devrait être effectué simultanément. De cette façon, une nouvelle année d'imposition commencera pour la société mère qui pourra alors utiliser immédiatement les pertes de sa filiale. Reste à savoir si le fait de causer une fin d'année d'imposition autrement qu'avec l'approbation de l'ARC fera l'objet de l'application de la RGAÉ.

En pratique, la liquidation élimine l'impact des acquisitions de contrôle en raison de l'application du paragraphe 88(1.1) L.I.R., qui fait en sorte que les pertes de la filiale sont réputées avoir été subies au cours de l'année d'imposition de la société mère durant laquelle se termine l'année d'imposition de la filiale⁵³.

⁵² *Revenue Canada Views, id.*, interprétation technique 2001-0067105, 19 mars 2001.

⁵³ Voir à cet effet Andrew W. DUNN, « Corporate Consolidations: to Amalgamate or not to Amalgamate », dans *1996 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1997, pp. 13:1-25, aux pages 13:21-22.

Mentionnons finalement que les alinéas 88(1.1)f) et 88(1.2)d) L.I.R. permettent des choix fiscaux qui ont pour effet d'accélérer l'accès aux pertes de la filiale par un an. Ces choix fiscaux permettent à la société mère de traiter la perte comme ayant été subie par elle dans l'année d'imposition précédente. En conséquence, la société mère pourra déduire de son revenu imposable la perte de sa filiale dans l'année au cours de laquelle la filiale a été liquidée.

3.3.2. Report rétrospectif des pertes réalisées après la fusion ou la liquidation

Bien que les alinéas 87(2.1)d) et e) L.I.R. permettent, dans une certaine mesure, l'utilisation des pertes des sociétés qui fusionnent par la société fusionnée, ils ne permettent pas l'utilisation des pertes de la société fusionnée afin de diminuer l'impôt à payer pour les années antérieures à la fusion par les sociétés qui fusionnent. Cependant, le paragraphe 87(2.11) L.I.R. prévoit une exception en vertu de laquelle, dans le cas d'une fusion verticale simplifiée, la société fusionnée pourra utiliser les pertes subies après la fusion à l'encontre du revenu de la société qui, avant la fusion, était la société mère.

Cependant, le paragraphe 87(2.11) L.I.R. ne permet pas le report rétrospectif des pertes d'une année d'imposition précédente d'une filiale en déduction du revenu d'une année d'imposition précédente de la société mère. De plus, les pertes de la société fusionnée ne pourront en aucun cas être utilisées à l'encontre des revenus des sociétés qui, avant la fusion, étaient des filiales de la société mère. Il faut noter que les dispositions du paragraphe 87(2.11) L.I.R. ne s'appliquent que dans le cas d'une fusion d'une société mère et de sa ou ses filiales à 100 %. Aucune autre situation ne permet de reporter rétrospectivement les pertes réalisées par l'une des sociétés qui fusionnent avant la fusion et de les appliquer à l'encontre du revenu gagné par une société qui fusionne.

Ainsi, dans le cadre des dispositions du paragraphe 87(2.11) L.I.R., il sera généralement recommandé de déterminer laquelle des sociétés qui fusionnent est la plus susceptible d'utiliser les pertes, et procéder à une réorganisation avant la fusion pour faire en sorte que ladite société soit la « société mère » de toutes les autres sociétés qui fusionnent.

Dans le cadre d'une liquidation à laquelle s'applique le paragraphe 88(1) L.I.R., le report rétrospectif des pertes est possible, et ce, même si la société liquidée n'est pas une filiale à 100 % de la société mère. Plus précisément, les pertes réalisées par la société mère après la liquidation

peuvent être reportées rétrospectivement et appliquées à l'encontre des pertes de la société mère dans les années précédant la liquidation en conformité avec les règles générales de l'article 111 L.I.R. À cet effet, une liquidation sera préférable à une fusion dans les situations où les conditions du paragraphe 87(2.11) L.I.R. ne sont pas remplies.

Bien qu'il soit possible d'utiliser les pertes accumulées au cours d'une année d'imposition antérieure d'une société en procédant à une réorganisation statutaire, l'opportunité de procéder à de telles réorganisations peut ne pas être souhaitable notamment pour des raisons commerciales, et par ailleurs, le bénéfice fiscal résultant de telles réorganisations peut être retardé en raison des règles mentionnées précédemment.

Soulignons que les réorganisations statutaires peuvent être parfois très complexes et nécessiter l'intervention de tiers (par exemple, les créanciers) et les actionnaires minoritaires. Il peut sembler assez étrange de devoir faire disparaître une société (par voie de fusion ou de liquidation) dans le seul but d'en extraire les attributs fiscaux. Des raisons commerciales légitimes peuvent avoir incité les actionnaires à isoler un certain risque ou projet commercial à l'intérieur d'une entité corporative distincte. Si ces raisons commerciales existent toujours, la fusion ou la liquidation pourrait ne pas convenir afin de réaliser une consolidation fiscale.

Mentionnons également que la complexité des règles prévues aux articles 87 et 88 L.I.R. peut inciter le choix d'une autre technique de consolidation fiscale. À ce stade, il est utile de rappeler les principales raisons pour lesquelles les groupes préfèrent mener leurs activités au moyen de sociétés distinctes⁵⁴.

i) Centre de profits et indépendance de la direction

Le transfert des pertes au sein du groupe peut compliquer la mesure des bénéfices avant impôts des entités qui fonctionnent indépendamment et poser des difficultés aux dirigeants. Comme le maintien des centres de profit et de l'indépendance de la direction est un élément fondamental des principes de gestion, il faut que les raisons fiscales soient impérieuses pour amener un changement de la structure ou des pratiques du groupe. Cela peut faire obstacle à l'utilisation de techniques telles que les fusions et les liquidations, et au financement par emprunt lorsque les déductions pour intérêt touchent directement l'impôt à payer.

⁵⁴ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 4.

ii) Considérations financières

Divers obstacles relatifs au financement empêchent les entreprises de recourir à des techniques d'utilisation des pertes et des déductions d'autres sociétés au sein d'un groupe. Lorsque différents créanciers détiennent des garanties dans des filiales différentes, les techniques de transfert des pertes ne peuvent être employées qu'avec l'approbation de ces parties externes. Dans d'autres cas, les clauses restrictives des contrats de prêt peuvent avoir évolué et restreindre les différents membres du groupe à divers degrés. Les réorganisations ou les transferts de dettes qui étendraient ces restrictions sont par conséquent écartés. Enfin, les filiales dont la situation financière est solide peuvent être en mesure d'emprunter à des taux privilégiés, ce qui est avantageux pour le groupe dans son ensemble.

iii) Responsabilité limitée

Les groupes qui exécutent des projets comportant des risques élevés ou qui démarrent peuvent mener leurs opérations dans des sociétés distinctes afin de limiter la responsabilité aux ressources affectées directement aux projets. Dans ces cas, si les transferts de pertes ou de déductions ne sont pas permis, ils peuvent entraîner un coût supplémentaire, ce qui empêche le groupe de minimiser les risques comme il le souhaite.

iv) Réglementation

La réglementation peut avoir un effet dans deux types généraux de situation. Premièrement, les organismes de réglementation qui fixent les prix se préoccupent de la définition de la base de capital et du taux de rendement. Dans les industries où c'est la norme, les sociétés réglementées ou les responsables de la réglementation ne souhaitent peut-être pas que le rendement des autres activités se confonde avec celui des activités réglementées. Il pourrait être souhaitable pour toutes les parties concernées que les activités réglementées et non réglementées d'un groupe de sociétés demeurent aussi distinctes que possible. Deuxièmement, certains types de sociétés sont soumis à une réglementation qui les oblige directement à établir des sociétés distinctes pour s'occuper d'activités distinctes. En conséquence, les fusions et les liquidations ne représentent pas une solution possible et d'autres considérations ou règles peuvent interdire l'utilisation d'autres techniques d'utilisation des pertes.

v) Avoirs minoritaires

Les sociétés qui comptent un nombre assez important d'actionnaires minoritaires peuvent effectivement ne pas pouvoir utiliser les pertes en vertu des règles existantes. Les fusions pourraient entraîner l'achat de la participation des groupes minoritaires. Et même lorsqu'une telle mesure serait très intéressante d'un point de vue fiscal, il se pourrait que l'utilisation des fonds à l'occasion de l'achat de la participation minoritaire ne constitue pas le meilleur usage possible des liquidités de la société. Les problèmes d'évaluation conjugués à la nécessité de dédommager les groupes d'actionnaires minoritaires lorsque le transfert des déductions ou d'autres mesures de planification fiscale nuisent à leurs intérêts accroissent les difficultés de la planification.

vi) Identité de la société

Les fusions pourraient être exclues par besoin de maintenir une entité distincte entre sociétés pour des raisons de commercialisation ou pour distinguer les résultats des sociétés à des fins de financement, en particulier au moment d'offrir des actions de la société au public.

vii) Questions de relations de travail

Les questions de relations de travail peuvent réduire l'attrait de procéder à des fusions et liquidations. Les sociétés et les syndicats peuvent ne pas souhaiter que diverses organisations syndicales se retrouvent au sein d'une même société. D'autres facteurs également, comme le rajustement des droits aux congés et autres avantages sociaux lorsque deux sociétés accordant des programmes d'avantages différents fusionnent qui, étant donné leur incidence sur la rémunération des employés, peuvent nécessiter des efforts et des coûts considérables pour parvenir à des résultats équitables et acceptables.

viii) Compétences des provinces

Des sociétés distinctes peuvent être amenées à se regrouper à cause de diverses lois provinciales, comme la législation du travail, ou parce qu'une province souhaite qu'une société se conforme à des politiques particulières à l'intérieur de son territoire.

ix) Compétences ou activités étrangères

Les pratiques ou règlements commerciaux en vigueur à l'étranger peuvent obliger des sociétés canadiennes à fonctionner distinctement. Par exemple, des sociétés ou compétences étrangères peuvent préférer ou exiger qu'une société distincte participe à un projet important.

4. AUTRES TRANSACTIONS PERMETTANT DE CONSOLIDER LES PERTES

Dans les cas où une réorganisation statutaire n'est pas une solution commercialement ou techniquement envisageable afin d'utiliser des pertes fiscales reportées d'une société, il sera possible pour les sociétés d'un groupe corporatif, dans certains cas, de mettre en place une structure permettant de réaliser les bénéfices fiscaux attribuables à l'utilisation des pertes reportées ou courues d'une société afin de réduire les revenus des autres sociétés du groupe corporatif⁵⁵. À cette fin, les sociétés pourront notamment réviser leurs prix de cession interne, transférer certains éléments d'actif générateurs de revenus ou procéder à des transferts de fonds sous forme de prêts ou de capital. Malgré le fait qu'il n'en soit pas fait spécifiquement mention, ces structures ne pourront généralement permettre à un contribuable de bénéficier d'une meilleure position fiscale notamment à l'égard de l'utilisation des pertes accumulées d'une société du groupe relativement à ce qui aurait par ailleurs été autorisé en vertu des règles applicables aux réorganisations statutaires.

4.1. PRIX DE CESSION INTERNE

Afin de déplacer les revenus d'une société générant des revenus imposables vers une société ayant accumulé des pertes autres qu'en capital, il sera parfois possible, notamment lorsque des biens et des services sont rendus ou échangés entre les différentes sociétés d'un même groupe, de réviser la façon dont les prix de cession interne ont été établis. Toutefois, la fixation de la contrepartie payable pour les biens ou les services devra être effectuée sur une base raisonnable afin d'éviter l'application des articles 67 et 69 L.I.R. et de conserver le caractère déductible de la totalité de la dépense. Il convient de préciser que, dans un contexte transfrontalier, la fixation des prix de cession interne sera assujettie aux règles de la Partie XVI.1 L.I.R. (prix de transfert).

⁵⁵ Hugues LACHANCE, « Pot-pourri fiscal, Partie B, Mise à jour sur l'utilisation des pertes », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 47:12-37.

Au même effet, il sera également possible de procéder à un rajustement des taux d'intérêt applicables à l'égard des dettes intercorporatives.

4.2. TRANSFERT DE BIENS

Sous ce titre, nous traitons de deux structures qui peuvent être mises en place afin de consolider le traitement fiscal d'un groupe corporatif, soit : i) le transfert d'éléments d'actif dont la JVM excède leur coût indiqué; et ii) le transfert d'une entreprise ou d'une partie d'une entreprise profitable à la société ayant accumulé les pertes⁵⁶.

4.2.1. Transfert de biens avec gain latent

Le gain qui est attribuable à la disposition d'un bien sur lequel une plus-value est constatée, lorsque ce bien est disposé par la société ayant des pertes autres qu'en capital accumulées, peut être réduit du montant des pertes accumulées par la société. Par conséquent, dans la mesure où ce transfert est effectué entre les membres d'un groupe corporatif, cette technique permettra que les pertes accumulées de la société qui a transféré le bien soient utilisées. Dans ces circonstances, l'acquéreur bénéficiera d'un bien dont le coût correspondra, de façon générale, à sa JVM au moment de la disposition.

Lorsque le bien sur lequel on constate une plus-value est détenu par une société du groupe corporatif qui n'a pas de pertes accumulées, il pourrait être souhaitable de transférer sur une base de roulement ledit bien en faveur de la société ayant des pertes accumulées et non utilisées. La disposition ultérieure du bien permettra à la société d'utiliser ses pertes autres qu'en capital et pertes en capital nettes accumulées⁵⁷. Une des préoccupations principales dans le cadre de cette technique de consolidation est le fait que les autorités fiscales puissent considérer que le bien a perdu sa nature capital à l'occasion du transfert en faveur de la société à perte, utilisant ainsi davantage de pertes autres qu'en capital accumulées ou privant la société de l'occasion d'utiliser

⁵⁶ Sans en traiter davantage, de telles transactions seront généralement assujetties, sous réserve des articles 156 et 167 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), c. E-15 et mod., à la taxe sur les produits et services. Il conviendrait donc de s'assurer de la possibilité d'obtenir à tout le moins un crédit de taxe sur les intrants à l'égard de ces transferts.

⁵⁷ Le paragraphe 69(11) L.I.R. empêche que ce type de planification soit effectué entre sociétés qui ne sont pas « affiliées » immédiatement avant le début de la série de transactions. À ces fins, la notion de « affiliée » fait exclusivement référence au contrôle *de jure* et exclut le contrôle *de facto*.

ses pertes en capital nettes. Il semble que l'ARC considère comme acceptable ce type de transactions⁵⁸.

4.2.2. Transfert d'une entreprise

Une entreprise entière ou une partie d'une telle entreprise peut être transférée en faveur d'une entité du groupe corporatif ayant des pertes accumulées afin que ces pertes soient utilisées à l'encontre des revenus générés par l'entreprise profitable ainsi transférée. De façon générale, ce transfert fera l'objet d'un choix en application du paragraphe 85(1) L.I.R. afin que le transfert s'effectue sur une base de roulement.

C'est notamment ce que fit l'appelante dans *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*⁵⁹. Sans qu'il soit nécessaire de résumer les faits de cette affaire, il

⁵⁸ Claude DÉSY, *Access to Canadian Income Tax*, Markham, Butterworths, feuilles mobiles, par. C245-016; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 3, 30 janvier 1995; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, « Disposition générale anti-évitement », 21 octobre 1988, par. 9. À cet effet, ce paragraphe mentionne ce qui suit :

« Faits

Une personne a un bien qui comporte un gain en capital non matérialisé et elle souhaite vendre ce bien à un tiers. Une corporation liée a une perte en capital nette. Au lieu de vendre le bien directement au tiers et de réaliser un gain en capital, la personne transfère le bien à la corporation liée et elle choisit, en vertu du paragraphe 85(1), de différer la reconnaissance du gain. La corporation liée vend le bien au tiers et elle réduit le gain en capital imposable qui en découle en soustrayant le montant de sa perte en capital nette.

Interprétation

Le paragraphe 69(11) ne permet pas à une personne de transférer un bien à une corporation non liée avec report de l'impôt lorsqu'il est prévu que la corporation non liée vendra le bien et réduira le montant du gain en soustrayant le montant des pertes ou des déductions semblables auxquelles elle a droit. Le paragraphe permet donc implicitement de transférer un bien à une corporation liée d'une façon qui permet de différer l'impôt. Dans les circonstances visées, un transfert de ce genre serait acceptable puisqu'il est conforme à l'esprit de la Loi. »

⁵⁹ [1984] 1 R.C.S. 536 (ci-après « *Stubart* »). Pour un résumé des faits de cette affaire, voir notamment : Vivian MORGAN, « *Stubart: What the Courts Did Next* », *International Tax Planning Feature*, (1987), vol. 35, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 155-181; Guy DUBÉ, « L'arrêt *Stubart* et le code d'interprétation et de planification fiscale », dans *Congrès 85*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1986, pp. 387-409.

convient de rappeler que la Cour suprême du Canada a accueilli l'appel du contribuable, statuant que les opérations juridiques entre les parties se rapportant à la vente d'éléments d'actif n'étaient pas un trompe-l'œil car elles avaient leur plein effet juridique. Les éléments d'actif ayant été transférés et le prix de vente ayant été payé, la transaction était par conséquent complète. La Cour suprême rejeta également la proposition du ministre selon laquelle « il est possible d'écarter une opération du point de vue fiscal uniquement parce que le contribuable l'a faite sans but commercial distinct ou véritable »⁶⁰.

L'affaire *Stubart* fut décidée avant l'introduction de la RGAÉ telle que nous la connaissons aujourd'hui. Toutefois, il est peu probable qu'une transaction comme celle effectuée dans l'affaire *Stubart* engendrerait l'application de la RGAÉ. En effet, même si la transaction pouvait constituer une opération d'évitement au sens du paragraphe 245(1) L.I.R., une transaction semblable ne constituerait pas un abus des dispositions de la loi lue dans son ensemble⁶¹. À cet effet, la décision récente de la Cour

⁶⁰ *Stubart, id.*, 575.

⁶¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, *op. cit.*, note 58, par. 8. À cet effet, ce paragraphe mentionne ce qui suit :

« Faits »

Une corporation transfère des biens utilisés dans l'exploitation de son entreprise à une corporation liée afin de permettre la déduction des pertes autres qu'en capital de la corporation liée. Toutes les actions des deux corporations étaient possédées par le même contribuable pendant la période au cours de laquelle les pertes ont été subies.

Interprétation

Le fait que la Loi ne prévoit aucune restriction à l'égard de transferts de biens entre des corporations liées, qu'elle contient des dispositions précises permettant le versement de revenus et le transfert de pertes entre des corporations liées et que les notes explicatives concernant la réforme fiscale comportent des renvois à ce sujet, indique qu'un transfert du genre visé est conforme à l'esprit de la Loi, de sorte que le paragraphe 245(2) ne s'appliquerait pas.

Toutefois, si un transfert d'un bien ou une autre opération sont effectués pour éviter l'application d'une règle précise, par exemple une règle visant à empêcher la déduction de pertes suite à l'acquisition du contrôle d'une corporation par une personne n'ayant aucun lien de dépendance avec la corporation, un transfert de cette nature constitue un abus commis dans l'application des dispositions de la Loi, et l'article 245 s'y appliquerait donc. »

canadienne de l'impôt dans *Loyens c. La Reine*⁶² démontre que les tribunaux se montrent généralement favorables aux transactions et réorganisations permettant de déplacer du revenu à l'intérieur d'un groupe corporatif. Dans cette affaire, le ministre avait tenté d'invoquer la RGAÉ dans le cadre d'une transaction visant le transfert de biens immobiliers en inventaire sur lesquels un gain s'était accumulé en faveur d'une société ayant des pertes accumulées. Le revenu généré par la disposition des terrains en inventaire fut réduit par les pertes accumulées de la société. Le ministre invoquait que la RGAÉ devait s'appliquer notamment parce qu'une transaction par laquelle les pertes accumulées d'une société appartenant à un contribuable, utilisées à l'encontre du gain généré par la vente de biens en inventaire, constituait, à son avis, un abus des dispositions de la loi lue dans son ensemble. Le juge Campbell, refusant d'appliquer les principes de *OSFC Holdings Ltd. c. La Reine*⁶³ aux situations où les revenus sont transférés et non les pertes elles-mêmes, s'exprima ainsi :

« From my reading, I do not see how the Respondent can glean any remarks that support the proposition that profit sharing is prohibited. I also believe that his interpretation of *OSFC Holdings Ltd.* is flawed. Clearly, *OSFC Holdings Ltd.* prohibits loss trading. However, I would not extend the principles enunciated in *OSFC Holdings Ltd.* with respect to loss trading to conclude that profit trading is interchangeable with loss trading. There is nothing in *OSFC Holdings Ltd.* that even hints at such substitution. The factual situation in *OSFC Holdings Ltd.* was entirely different. It involved strangers acquiring tax entities built on losses incurred by others⁶⁴. »

4.2.3. Constat préliminaire

Bien que le transfert d'éléments d'actif générateurs de revenus puisse paraître une méthode relativement simple et acceptable de consolider les pertes, il peut s'avérer qu'en pratique, il y aura des raisons d'affaires prépondérantes pour ne pas transférer les éléments d'actif d'une entreprise profitable en faveur d'une société ayant des pertes accumulées.

Si la création d'entités distinctes était initialement fondée sur le désir d'isoler des risques ou projets commerciaux distincts, le transfert d'éléments d'actif entre ces entités pourrait ne pas être la réponse appropriée pour attendre la consolidation fiscale.

⁶² 2003 D.T.C. 358 (C.C.I.) (ci-après « *Loyens* »), en appel.

⁶³ 2001 D.T.C. 5471 (C.A.F.), confirmé à 99 D.T.C. 1044 (C.C.I.) (ci-après « *OSFC Holdings* »).

⁶⁴ *Loyens*, précité, note 62, 371.

4.3. RECAPITALISATION

Lorsque les frais de financement sont principalement la cause des pertes autres qu'en capital réalisées par une société, il pourra être de mise de procéder à la recapitalisation de cette société à perte et de financer ses opérations par l'entremise d'une société du groupe corporatif qui est à profit. Tel qu'il sera discuté ci-après, la société profitable pourra à son tour emprunter pour effectuer l'injection de capital dans la société à perte, et ainsi réduire son propre revenu imposable.

4.4. TRANSFERT DE FONDS

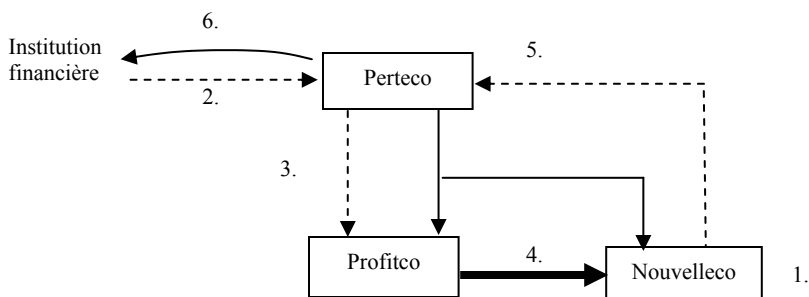
Lorsque les autres méthodes discutées préalablement s'avèrent insuffisantes ou simplement inapplicables à la situation en espèce, en raison notamment des impératifs commerciaux ou des caractéristiques fiscales rattachées aux biens détenus par les sociétés faisant partie du groupe corporatif, il sera possible d'effectuer certains transferts de fonds permettant de consolider les revenus des sociétés sans pour autant modifier les flux monétaires qui sont générés par les entreprises ou les biens des diverses sociétés du groupe corporatif. À cet effet, nous vous présentons deux structures courantes⁶⁵ qui peuvent être mises en place afin que les autres sociétés d'un groupe corporatif puissent utiliser les pertes autres qu'en capital d'une société faisant partie de ce groupe.

4.4.1. Exemple 1

Dans ce premier exemple, le groupe corporatif est formé de deux sociétés. La société détenant la totalité des actions émises et en circulation de l'autre société, soit la société mère (ci-après « Perteco »), a réalisé des pertes autres que des pertes en capital nettes dans le cadre de l'exploitation de son entreprise, alors que sa filiale (ci-après « Profitco ») a tiré des revenus de l'exploitation de son entreprise au cours de ces mêmes années. Il est prévu par ailleurs que Perteco ne tirera pas un revenu suffisant au cours des années d'imposition subséquentes lui permettant d'utiliser les pertes autres qu'en capital qu'elle a accumulées, alors que le revenu de Profitco continuera de

⁶⁵ Pour des exemples récents de structure de consolidation de pertes commentés par l'ARC, nous invitons le lecteur à consulter : *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 51, décisions anticipées 2002-0152583, 29 janvier 2003; 2003-0012293, 18 juin 2003; 2002-0177363, 12 février 2003; 2003-0037453, 7 janvier 2003; 2002-0158523, 20 décembre 2002; 2002-0123813, 29 mai 2002; 2001-0090213, 6 février 2002; 2001-0069709, 18 août 2001 et 2000-0052363, 15 mars 2001.

s'accroître au cours des années subséquentes. Par conséquent, certaines pertes accumulées par Perteco risquent de ne pas pouvoir être utilisées à l'intérieur de leur période de report et qu'au cours de cette même période, Profitco paiera des impôts sur ses revenus. Afin d'utiliser les pertes autres qu'en capital accumulées de Perteco, la structure suivante peut être mise en place :



Dans un premier temps, Perteco incorpore une nouvelle société (ci-après « Nouvelleco ») dont le capital-actions inclura des actions ordinaires et des actions privilégiées rachetables au gré de leur détenteur ou de la société, à la valeur pour laquelle ces actions furent émises et donnant droit de recevoir, prioritairement aux actions ordinaires, un dividende cumulatif à un taux fixe qui est légèrement supérieur au taux d'intérêt commercial auquel la société Perteco peut emprunter sur les marchés financiers. En second lieu, Perteco emprunte d'une institution financière une somme suffisante qui permettra, selon le taux d'intérêt commercial auquel cette somme peut être prêtée à Profitco et la période d'amortissement au cours de laquelle les pertes de Perteco seront utilisées, d'utiliser les pertes accumulées et en cours de Perteco. Ledit prêt pourra être remboursé en tout temps par Perteco. Perteco prête par la suite à Profitco la somme qui lui fut prêtée par l'institution financière à l'étape précédente. Ce prêt portera intérêt et le taux d'intérêt sera fixé en fonction de ce qui serait commercialement raisonnable dans les circonstances. Par la suite, Profitco utilise la somme qui lui est prêtée par Perteco afin de souscrire à des actions privilégiées de Nouvelleco pour une somme qui correspond au montant dudit prêt. Subséquemment, Nouvelleco utilise le produit de l'émission des actions privilégiées afin d'effectuer un prêt, ne portant pas intérêt, à Perteco. Finalement, Perteco utilise le capital

qui lui a été prêté par Nouvelleco afin de rembourser le prêt lui ayant été consenti par l'institution financière⁶⁶.

Les intérêts que reçoit Perteco à l'égard du prêt consenti à Profitco seront inclus dans le calcul du revenu de Perteco pour l'année d'imposition au cours de laquelle ils sont payables et Perteco pourra déduire, dans le calcul de son revenu imposable, les pertes autres qu'en capital qu'elle a accumulées au cours des dernières années d'imposition à l'encontre des intérêts payés ou payables par Profitco. Par ailleurs, dans la mesure où les intérêts payables par Profitco le sont en application d'une obligation légale de payer des intérêts en vue de gagner un revenu provenant d'une entreprise ou d'un bien, les intérêts payables seront déductibles dans le calcul du revenu de Profitco, sous réserve toutefois de l'application du nouvel article 3.1 L.I.R. qui est proposé⁶⁷. Par conséquent, les intérêts payés par Profitco réduiront le revenu de cette dernière et les impôts s'y rapportant.

De même, les dividendes reçus par Profitco sur les actions privilégiées de Nouvelleco seront déductibles dans le calcul du revenu imposable de Profitco, et ne seront pas assujettis à l'impôt de la Partie IV.1 ni à celui de la Partie VI.1 L.I.R. De même, ces dividendes ne seront pas assujettis à l'impôt de la Partie IV L.I.R. dans la mesure où le solde du compte d'impôt en main remboursable de Nouvelleco est nul à la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle le dividende est payé.

Tel qu'il a été illustré préalablement, une telle structure sera efficace pour consolider les revenus et les pertes des sociétés d'un groupe corporatif dans la mesure où, à la fois, les intérêts payés sur le prêt effectué en faveur de Profitco par Perteco sont déductibles dans le calcul du revenu de Profitco et les dividendes reçus sur les actions privilégiées détenues par cette dernière sont déductibles dans le calcul de son revenu imposable. Il est généralement conseillé d'implanter une telle structure en procédant à de véritables échanges de fonds par lesquels des sommes sont portées au débit et au crédit dans les divers comptes bancaires des sociétés visées. Ainsi, dans la mesure où la société en cause ne dispose pas des liquidités suffisantes afin d'effectuer ledit prêt à sa filiale, un financement externe de courte durée (*daylight loan*) sera généralement mis en place, tel qu'il est indiqué dans l'exemple. De plus, le taux d'intérêt fixé entre les sociétés du groupe

⁶⁶ Voir notamment *Revenue Canada Views*, op. cit., note 51, décision anticipée 2002-0152583, 29 janvier 2003.

⁶⁷ CANADA, ministère des Finances, *Propositions provisoires se rapportant à la déductibilité des intérêts et autres dépenses*, 31 octobre 2003.

corporatif devra correspondre au taux d'intérêt qui pourrait être établi entre des parties traitant à distance, notamment en fonction de la capacité de crédit de l'emprunteur.

Il convient de mentionner à cet effet que la plupart des décisions anticipées se rapportant à de telles structures de consolidation des pertes mentionnent à la fois que les intérêts payés par Profitco seront déductibles dans le calcul du revenu de cette dernière, que le dividende pourra être déduit dans le calcul du revenu imposable de la société qui le reçoit et que la société qui paie ce dividende ne sera pas assujettie à l'impôt de la Partie VI.1 L.I.R.

Cette structure permet d'utiliser tant les pertes autres qu'en capital accumulées que celles de l'exercice courant d'une société à l'encontre des revenus d'une autre société faisant partie du groupe corporatif.

Il convient par ailleurs de préciser que la mise en place d'une telle structure demeure assez simple et ne modifie pas les flux monétaires générés par les entreprises de Perteco et Profitco⁶⁸.

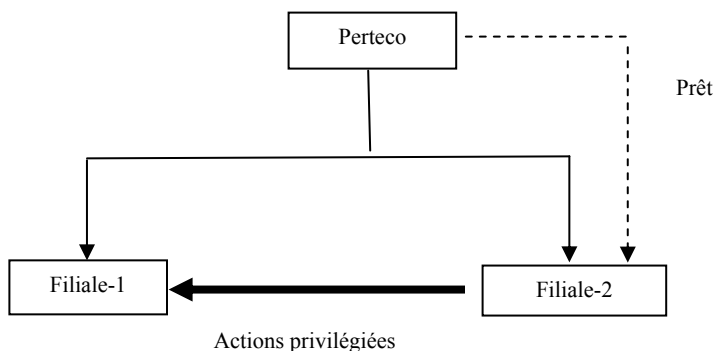
4.4.2. Exemple 2

Dans cet exemple, le groupe corporatif est formé de trois sociétés. La société mère, qui est la société ayant réalisé des pertes autres que des pertes en capital nettes dans le cadre de l'exploitation de son entreprise (ci-après « Perteco »), détient toutes les actions émises et en circulation de deux sociétés (ci-après « Filiale-1 » et « Filiale-2 »). Les revenus imposables de Filiale-2 tirés de l'exploitation de son entreprise excèdent les pertes réalisées par Perteco. Par ailleurs, le prix de base rajusté attribuable aux actions de Filiale-1 est substantiel. Selon les prévisions des parties, Perteco ne tirera pas un revenu suffisant au cours des prochaines années d'imposition pour utiliser ses pertes autres qu'en capital accumulées, alors que les revenus de Filiale-2 continueront de s'accroître au cours des années subséquentes. Compte tenu de ce qui précède, la structure suivante permettra d'utiliser les pertes autres qu'en capital accumulées de Perteco, sans faire intervenir un financement externe dans le groupe corporatif.

⁶⁸ Les flux monétaires demeurent inchangés en raison du fait que les dividendes payés sur les actions privilégiées de Nouvelleco sont généralement financés par un apport de capital de Perteco, lequel est lui-même financé par les intérêts payés par Profitco à même les dividendes reçus sur les actions privilégiées.

Dans un premier temps, une partie des actions de Filiale-1 est convertie en actions privilégiées dans le cadre d'un roulement. Ces actions, ayant une valeur de rachat fixe⁶⁹, donneront le droit à leur détenteur de recevoir, de façon prioritaire aux autres catégories d'actions, un dividende à un taux qui correspondra au taux d'intérêt qui serait commercialement applicable à l'égard du prêt qui sera effectué entre les parties dans le cadre d'une étape subséquente. Les actions privilégiées émises dans le cadre de cette transaction préliminaire sont cédées à Filiale-2 qui, en contrepartie de ces actions, émet un billet à demande pour un montant correspondant à la valeur des actions privilégiées de Filiale-1 transférées. Le billet portera un taux d'intérêt commercialement raisonnable⁷⁰.

Une fois la transaction effectuée, l'organigramme corporatif ressemblera à celui-ci :



Les revenus d'intérêt gagnés par Perteco et se rapportant au billet émis par Filiale-2 à Perteco seront inclus dans le calcul du revenu de Perteco pour l'année d'imposition au cours de laquelle ils sont payables, permettant ainsi à Perteco d'utiliser ses pertes accumulées au cours des années antérieures et celles générées au cours de son exercice, dans la mesure où ses revenus s'avèrent suffisants à cet effet.

⁶⁹ Cette valeur correspondra généralement au montant du prêt qui sera conclu entre Perteco et Filiale-2.

⁷⁰ Voir notamment *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 51, décision anticipée 2000-0053013, 20 juin 2001.

Tel qu'il a été mentionné dans l'exemple précédent, une telle structure sera efficiente notamment si les intérêts payés sur le billet sont déductibles dans le calcul du revenu de Filiale-2 et si les dividendes reçus par cette dernière sur les actions privilégiées de Filiale-1 sont déductibles dans le calcul de son revenu imposable, et n'entraînent aucun impôt additionnel en application notamment des Parties IV.1 et VI.1 L.I.R.

Dans la mesure où les intérêts payables par Filiale-2 le sont en application d'une obligation légale de payer des intérêts en raison notamment de l'acquisition d'un bien (c'est-à-dire les actions privilégiées de Filiale-1), ces derniers pourront être déduits dans le calcul du revenu de Filiale-2, sous réserve toutefois de l'application du nouvel article 3.1 L.I.R. tel qu'il est actuellement proposé. Ainsi, les intérêts payés par Filiale-2 réduiront le revenu de cette dernière et, par conséquent, les impôts s'y rapportant.

De même, les dividendes reçus par Filiale-2 sur les actions privilégiées de Filiale-1 seront déductibles dans le calcul du revenu imposable de Filiale 2 et ne seront pas assujettis à l'impôt de la Partie IV.1 ni à celui de la Partie VI.1 L.I.R. De même, ces dividendes ne seront pas assujettis à l'impôt de la Partie IV L.I.R. dans la mesure où le solde du compte d'impôt en main remboursable de Filiale-1 est nul à la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle le dividende est payé.

Tout comme la structure illustrée à l'exemple précédent, cette structure permettra aux sociétés faisant partie du groupe corporatif de consolider leurs revenus et pertes à l'égard non seulement des pertes réalisées au cours de l'exercice mais également à l'encontre de pertes accumulées sans par ailleurs modifier les flux monétaires générés par les entreprises de Perteco, Filiale-1 et Filiale-2, en raison notamment du fait que les dividendes payés sur les actions privilégiées de Filiale-1 sont financés par un apport de capital de Perteco dans cette dernière, lesquels sont financés à même les intérêts reçus sur le billet émis par Profitco.

Cette structure, comparativement à la structure illustrée dans l'exemple précédent, permet d'incorporer une dette à l'intérieur du groupe corporatif sans faire intervenir un financement externe, réduisant ainsi les frais reliés à la mise en place de ce type de structure.

4.4.3. Considérations administratives

De façon régulière, les autorités fiscales rendent des décisions anticipées se rapportant à des structures permettant d'utiliser les pertes autres qu'en

capital accumulées d'une société par une ou plusieurs sociétés du groupe corporatif.

Afin d'obtenir une décision anticipée favorable des autorités fiscales qui confirmera le traitement fiscal d'une structure mise en place afin d'utiliser les pertes autres qu'en capital d'un société du groupe corporatif, le ou les contribuables devront notamment démontrer que :

- i) les pertes seront utilisées par des sociétés qui sont affiliées à la société ayant les pertes autres qu'en capital accumulées;
- ii) les transactions effectuées dans le cadre de la structure ont leur plein effet juridique;
- iii) le montant faisant l'objet de l'emprunt est commercialement raisonnable; et
- iv) les dividendes qui sont reçus sur les actions privilégiées sont raisonnablement attribuables à une source autonome de revenus.

4.4.3.1. Sociétés affiliées

Les autorités fiscales autorisent les contribuables qui font partie d'un groupe de sociétés affiliées à effectuer des transactions permettant l'utilisation des pertes accumulées d'une société du groupe. Or, les structures transactionnelles qui, techniquement, permettent que soient utilisées les pertes accumulées d'une société par une autre société qui ne lui est pas affiliée ne pourront faire l'objet d'une décision anticipée favorable et pourront provoquer une contestation devant les tribunaux⁷¹.

4.4.3.2. Effet juridique

Les transactions envisagées dans les structures visées par les décisions anticipées doivent être mises en place et avoir leur plein effet juridique afin que la décision anticipée conserve son caractère exécutoire.

⁷¹ Voir à cet effet *OSFC Holdings*, précité, note 63 et *Kaulius c. La Reine*, 2003 D.T.C. 5644 (C.A.F.) (en appel devant la Cour suprême du Canada).

4.4.3.3. Emprunt commercialement raisonnable

Lorsque la structure d'utilisation des pertes fait intervenir un prêt (ou une créance), les parties doivent démontrer que le montant du prêt n'excède pas la capacité de crédit de la société qui bénéficie de l'emprunt et que les termes de l'entente de crédit sont ceux que des parties n'ayant pas de lien de dépendance auraient convenu entre elles.

4.4.3.4. Source autonome de revenu

La plupart des structures d'utilisation de pertes accumulées font intervenir une souscription ou une acquisition d'actions privilégiées d'une société du groupe de sociétés affiliées grâce à un prêt qui lui est octroyé. La consolidation fiscale découle par conséquent dans ces circonstances de la capacité pour la société qui bénéficie du prêt de déduire les intérêts payables selon les termes du prêt. Ainsi, les parties à la décision anticipée devront notamment démontrer que les dividendes qui pourront être versés sur les actions privilégiées acquises ou souscrites avec des sommes empruntées proviennent d'une source qui n'est pas attribuable au détenteur de ces actions privilégiées.

De façon sommaire, il convient de rappeler que l'alinéa 20(1)c) L.I.R. établit trois conditions aux fins de la déductibilité des intérêts payables par une personne :

- i) les intérêts doivent être payés ou payables en application d'une obligation légale de verser des intérêts sur les fonds empruntés;
- ii) l'argent emprunté doit être utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien;
- iii) les fonds empruntés ne peuvent être utilisés pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré d'impôt.

Généralement, lorsque les fonds empruntés sont utilisés pour souscrire à des actions privilégiées qui permettent à leur détenteur d'obtenir un revenu sous forme de dividende, il sera généralement admis que cette utilisation est une utilisation admissible des fonds aux fins du second critère de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. mentionné ci-dessus. Toutefois, dans certaines circonstances, malgré le fait que les fonds empruntés soient utilisés pour souscrire à de telles actions, les intérêts payés pourraient ne pas être déductibles si la société qui émet lesdites actions privilégiées n'a pas une source autonome de revenus.

L'arrêt *C.R.B. Logging Co. Ltd. c. La Reine*⁷² illustre le mieux ce principe. Les faits de cette affaire sont assez simples et il convient d'en faire la revue. C.R.B. Logging Co. Ltd. (ci-après « CRB ») est une société privée dont l'entreprise œuvre dans le domaine de l'exploitation forestière. La totalité des actions de CRB étaient détenues par deux sociétés de portefeuille dont les seuls actifs se limitaient aux actions de CRB. Meager Creek Holdings Ltd. (ci-après « Meager »), une société nouvellement constituée, a convenu d'acquérir la totalité des actions en circulation des sociétés de portefeuille détenant les actions de CRB. Comme Meager ne disposait pas des liquidités nécessaires pour compléter cette acquisition, un solde demeurerait impayé. Parce que Meager était une société nouvellement constituée et qu'elle ne possédait aucun actif pour garantir ses obligations, Meager ne pouvait obtenir directement un financement bancaire. Toutefois, une institution financière accepta d'accorder un prêt à CRB, compte tenu des garanties que cette société pouvait lui octroyer. Le produit de ce prêt devait servir à acquitter le solde du prix de vente dû par Meager.

Les étapes suivantes ont par conséquent été mises en place afin de procéder à la transaction. Dans un premier temps, Meager procéda à l'acquisition des sociétés de portefeuille détenant les actions de CRB pour une contrepartie monétaire, dont une partie restait impayée. Par la suite, CRB a souscrit à des actions privilégiées de Meager pour une somme représentant le solde impayé du prix de vente. L'institution financière octroya alors le prêt à CRB, qui utilisa le produit du prêt pour acquitter le montant de la souscription des actions de Meager, montant qui servit ultimement à régler le solde impayé relativement à l'acquisition des actions des sociétés de portefeuille.

Puisque les sommes prêtées furent employées pour souscrire à des actions procurant à leur détenteur le droit de recevoir des dividendes et que de tels dividendes étaient effectivement reçus sur ces actions, les intérêts payés par CRB auraient normalement dû être déductibles dans le calcul de son revenu. Toutefois, parce que les dividendes que pouvait recevoir CRB sur les actions privilégiées de Meager qu'elle détenait provenaient indirectement des dividendes versés par elle sur ses actions aux sociétés de portefeuille, la Cour canadienne de l'impôt et la Cour d'appel fédérale conclurent que CRB ne pouvait, par son placement dans les actions de Meager, espérer tirer un revenu de ce placement parce que les dividendes reçus correspondaient en fait aux dividendes déclarés et versés par CRB à ses actionnaires.

⁷² 2000 D.T.C. 6547 (C.A.F.), confirmé à 99 D.T.C. 840 (C.C.I.).

Ainsi, lors de la mise en place d'une structure de consolidation fiscale, une attention particulière devra être portée sur cet aspect afin de vérifier si la société versant les dividendes sur les actions privilégiées utilisées dans les structures de consolidation des pertes est en mesure de financer le paiement des dividendes par des sommes qui ne proviennent pas directement ou indirectement de la société ayant emprunté les sommes pour souscrire à de telles actions. À cet effet, l'ARC mentionne qu'elle considérera que la société aura une source indépendante de revenus si elle possède des actifs qui peuvent générer des revenus suffisants pour acquitter le montant des dividendes payables sur de telles actions⁷³.

4.4.4. Considérations liées à certaines décisions rendues par les tribunaux en matière de déductibilité des intérêts et nouvelles règles limitant leur déductibilité

Puisque les principales structures de consolidation fiscale font intervenir des prêts entre les sociétés faisant partie d'un groupe corporatif, une importance particulière doit être accordée à la déductibilité des intérêts sur les prêts intercorporatifs intervenant dans le cadre de la mise en place de ces types de structures. Sans faire une analyse poussée des diverses considérations fiscales se rapportant à la déductibilité des intérêts, qui déborde l'objet du présent texte⁷⁴, l'auteur convient néanmoins ici de faire un rappel de certaines considérations fiscales pouvant survenir dans un contexte de consolidation fiscale.

4.4.4.1. L'affaire *Mark Resources Inc. c. La Reine*⁷⁵

Cette décision se rapporte à une structure d'utilisation de pertes dans un contexte transfrontalier. L'appelante, dans le but d'utiliser les pertes de sa filiale américaine qui venaient à échéance, emprunta un montant d'une institution financière et utilisa le produit du prêt afin d'effectuer une

⁷³ AGENCE DU REVENU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 30, 21 mai 2004.

⁷⁴ À cette fin, nous vous référons aux textes suivants : Brian R. CARR, « Interest deductibility », (2003), vol. 51, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 1422-1449; Paul TAMAKI, « Interest deductibility », dans *2003 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004, pp. 1:1-21; Jean-Guillaume SHOONER, « Déductibilité des intérêts, des frais financiers et autres paiements de l'entreprise en difficulté », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 24:1-64.

⁷⁵ 93 D.T.C. 1004 (C.C.I.).

contribution de capital à sa filiale. Il convient de préciser que le montant contribué à la filiale américaine n'a pas été utilisé dans l'entreprise de cette dernière mais qu'il fit l'objet d'un dépôt auprès d'une succursale de l'institution financière ayant consenti le prêt. Le juge Bowman conclut que les intérêts payés sur le prêt par le contribuable ne pouvaient être déductibles en application de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. puisque la somme empruntée n'avait pas été utilisée dans le but de gagner du revenu malgré le fait que les intérêts reçus par la filiale américaine aient été payés sous forme de dividendes au contribuable. Bien que l'on puisse débattre du bien-fondé du raisonnement retenu par la Cour dans cette cause, il demeure assez clair que nos autorités fiscales sont susceptibles de voir négativement une structure qui permettrait d'importer au Canada la perte d'une autre société du groupe corporatif réalisée à l'extérieur du Canada.

« I was referred to a substantial body of evidence of the Department of National Revenue's administrative practice in permitting procedures similar to those involved here that would allow Canadian companies to take advantage of losses of other related Canadian companies. These practices make a certain amount of practical sense insofar as they are confined to Canadian companies. The rationale for what is possibly an administrative concession may be that the same result could be achieved by winding up or amalgamating the loss company and utilizing its losses. This administrative rationale could not justify a similar concession in the case of a foreign affiliate with accumulated losses because the alternative procedures under sections 87 and 88 that would permit the parent's utilization of the losses are simply not available. I do not criticize the Department's practices in this regard, but they cannot determine the result in this case.

My conclusion is therefore that the interest paid on the bank loan was not interest on borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property⁷⁶. » (Notre soulignement)

4.4.4.2. La décision *Novopharm Ltd. c. La Reine*⁷⁷

Dans le cadre d'une série complexe d'opérations, l'appelante contracta un prêt afin de réduire son impôt payable par ailleurs. La Cour, en se basant sur les principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Singleton c. La Reine*⁷⁸, vint à la conclusion qu'aux fins de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., chaque transaction devait être considérée indépendamment.

⁷⁶ *Id.*, 1017.

⁷⁷ 2003 D.T.C. 5195 (C.A.F.) (ci-après « *Novopharm* »).

⁷⁸ 2001 D.T.C. 5545 (C.S.C.).

Par conséquent, malgré le fait que l'objectif ultime ne constituait pas une fin admissible aux fins de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., le fait que l'emprunt de Novopharm ait été utilisé en vue de gagner un revenu de dividende était suffisant. Toutefois, la Cour d'appel conclut que la RGAÉ devait s'appliquer afin d'empêcher le contribuable d'utiliser la perte réalisée par une autre société avec laquelle il n'était pas affilié avant la série de transactions.

« En l'espèce, par contre, on a conclu une série d'opérations liées qui étaient déterminées d'avance, circulaires et limitées dans le temps. Au terme de la période relativement courte pendant laquelle les opérations ont été réalisées, rien n'avait changé, si ce n'est les déductions d'impôt demandées par Novopharm. Il n'y avait pas de conséquences durables des opérations une fois qu'elles ont été réalisées. Il est vrai que la société en commandite Millbank a continué à exercer son activité. Toutefois, ainsi que l'a relevé le juge de la Cour de l'impôt, l'activité poursuivie n'avait rien à voir avec l'emprunt de Novopharm qui a donné lieu à la déduction d'intérêts demandée en l'espèce. C'est la combinaison du caractère déterminé d'avance des opérations, de leur circularité et du temps limité pendant lequel elles ont toutes été réalisées qui les a fait sortir des habitudes normales du commerce et a rendu factice la déduction des frais d'intérêts par Novopharm.

En ce qui concerne le facteur de l'objet commercial véritable, le juge de la Cour de l'impôt a fait observer que Novopharm n'avait pas prétendu qu'il existait un tel objet et qu'elle n'a fourni aucune explication au sujet d'un tel objet. Devant notre Cour, Novopharm n'a pas pris une position différente. [...] Parce que la déduction des intérêts par Novopharm réduisait de façon factice son revenu, je suis d'avis que c'est à bon droit que le juge de la Cour de l'impôt a rejeté l'appel dont il était saisi sur le fondement du paragraphe 245(1)⁷⁹. »

Malgré le fait que la dépense d'intérêt ait été considérée déductible en application de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., Novopharm ne fut pas en mesure de bénéficier de l'avantage fiscal rattaché à cette déduction en raison de l'application de l'article 245 L.I.R. Selon nous et bien que les faits rapportés ne soient pas tout à fait clairs, l'ARC et le tribunal ont appliqué la disposition générale antiévitement en raison du fait que Novopharm n'était pas affiliée à la société ayant accumulé les pertes autres qu'en capital. Par conséquent, les arguments invoqués par la Cour ne devraient pas permettre d'annuler l'avantage fiscal rattaché à la déductibilité des intérêts dans le cadre d'une structure de consolidation entre sociétés affiliées.

⁷⁹ *Novopharm*, précité, note 77, 5205-5206.

4.4.4.3. Article 3.1 L.I.R.

Le 31 octobre 2003, le ministre des Finances rendit publiques des *Propositions provisoires se rapportant à la déductibilité des intérêts et des autres dépenses*⁸⁰ au même moment où l'ARC publiait le *Bulletin d'interprétation IT-533*⁸¹ concernant la déductibilité des intérêts. Puisque les nouvelles dispositions législatives contenues à l'intérieur de ces propositions provisoires peuvent limiter la déductibilité des intérêts payés ou payables relativement à des prêts qui sont effectués dans le cadre d'une structure permettant de consolider les revenus et les pertes de sociétés faisant partie d'un groupe corporatif, il convient de faire un rappel de ces mesures.

L'article 3.1 L.I.R. est le nouvel article charnière qui limite la déductibilité de certaines dépenses dans certaines circonstances, notamment lorsqu'une perte est réalisée dans le calcul du revenu provenant d'une source sans que le contribuable ait une attente raisonnable de tirer un bénéfice cumulatif du bien ou de cette entreprise pour cette année d'imposition. À cet égard, l'article 3.1 L.I.R. se lit comme suit :

« (1) Un contribuable ne subit une perte pour une année d'imposition d'une source qui est une entreprise ou un bien que si, au cours de l'année, il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il tire un bénéfice cumulatif de cette entreprise ou de ce bien pour la période au cours de laquelle il a exploité l'entreprise, ou peut raisonnablement s'attendre à l'exploiter, ou a détenu le bien, ou peut raisonnablement s'attendre à le détenir.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), le bénéfice est déterminé compte non tenu des gains en capital et des pertes en capital nettes⁸². »

⁸⁰ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 67.

⁸¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-533*, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003.

⁸² Puisque l'analyse des propositions provisoires du 31 octobre 2003 déborde l'objet du présent texte, l'auteur vous réfère notamment aux textes suivants : Robert COUZIN, « Le nouvel article 3.1 L.I.R. concernant la déductibilité des pertes d'entreprises ou de biens : perspectives d'un praticien », dans *Colloque – Les nouvelles règles en matière de déductibilité des pertes et des intérêts*, 139, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 5:1-28, et Wilfrid LEFEBVRE, Jacques CÔTÉ, Mélanie BEAULIEU et Bernard GAUDREAU, « Les concepts de profits et de source », dans *Colloque - Les nouvelles règles en matière de déductibilité des pertes et des intérêts*, 139, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 6:1-17.

Compte tenu de ce qui précède et afin d'éviter que la déduction d'une partie des intérêts payables pour acquérir le bien générateur de revenu ne soit plus allouée (c'est-à-dire les actions privilégiées), il sera primordial que le taux afférent aux dividendes soit à tout le moins égal ou supérieur au taux d'intérêt fixé par les parties à l'égard du prêt intercorporatif.

4.4.4.4. *Bulletin d'interprétation IT-533*⁸³

Le sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R. stipule que, pour être déductibles, les frais d'intérêt doivent se rapporter à « de l'argent emprunté et utilisé **en vue** de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien ». La détermination de la fin visée par l'utilisation de l'argent emprunté est une question de fait. Or, dans le contexte de structures de consolidation des pertes similaires à celles qui ont été discutées précédemment, le *Bulletin d'interprétation IT-533*⁸⁴ précise que le critère de la fin des sommes empruntées sera appliqué à l'égard de l'acquisition des actions privilégiées. Par conséquent, dans la mesure où ces actions permettent à leur détenteur d'obtenir des dividendes, les intérêts payables en raison du prêt utilisé pour acquérir ces actions seront déductibles dans le calcul du revenu en application de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., selon les limitations de l'article 3.1 L.I.R. tel qu'il est proposé.

4.4.4.5. **Rafraîchissement des pertes**

L'ARC a pour politique de refuser d'émettre une décision anticipée favorable lorsque la structure de consolidation des pertes accumulées permettrait que les pertes accumulées soient rafraîchies⁸⁵. Le rafraîchissement des pertes fait référence à une transaction ou une série de transactions par laquelle une société transfère une perte dont la période de report est presque expirée à une autre société qui, elle, pourra bénéficier d'une période de report allongée. L'ARC avait pour politique d'exiger un énoncé stipulant que la société du groupe corporatif qui utilise les pertes accumulées ne réalisera pas elle-même une perte en raison de la transaction de consolidation. Dans une décision anticipée, l'ARC considérait comme

⁸³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 81.

⁸⁴ *Id.*, par. 32.

⁸⁵ Voir à cet effet Firoz AHMED, « Interest Deductibility Update », (2002), vol. 12, n° 8 *Canadian Current Tax*, pp. 85-88.

abusive la transaction par laquelle les pertes accumulées sont rafraîchies dans le cadre d'une transaction permettant l'utilisation des pertes⁸⁶.

Or, par la suite⁸⁷, l'ARC a indiqué dans les *Nouvelles techniques*⁸⁸ qu'elle ne considérerait pas comme abusive une transaction par laquelle une perte autre qu'en capital soit réalisée par la société qui aurait, compte non tenu de la transaction permettant d'utiliser les pertes d'une autre société du groupe corporatif, un revenu imposable dans la mesure toutefois où ces pertes seraient déduites par cette société dans la période initiale de report. Au même titre, il ne serait pas abusif que cette société utilise la perte autre qu'en capital ainsi réalisée à l'encontre de son revenu imposable de ses trois années d'imposition précédentes. Tel qu'il a été mentionné précédemment, les techniques de consolidation des pertes ne devraient pas permettre à un contribuable de bénéficier d'une meilleure position fiscale à l'égard de l'utilisation des pertes accumulées d'une société du groupe relativement à ce qui aurait par ailleurs été autorisé en vertu des règles applicables aux réorganisations statutaires.

4.4.4.6. Acquisition de pertes d'un tiers

Bien que le traitement fiscal accordé à l'utilisation des pertes à la suite d'une acquisition de contrôle déborde l'objet du présent texte⁸⁹, il convient de faire une revue des concepts généraux applicables lors de telles situations. L'utilisation des pertes réalisées ou accumulées au cours d'une année d'imposition se terminant avant l'acquisition de contrôle⁹⁰ est restreinte par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Alors que les pertes en capital nettes réalisées et accumulées par la société dont le contrôle a été acquis ne pourront être utilisées après ce moment⁹¹, les pertes autres que les pertes en capital accumulées ou réalisées au cours d'une année d'imposition qui se termine à

⁸⁶ *Revenue Canada Views*, op. cit., note 51, décision anticipée 2001-0090213, 6 février 2002.

⁸⁷ Dean GRESDAL, « Le rajeunissement des pertes est-il abusif? », vol. 10, n° 4 *Faits saillants en fiscalité canadienne*, 23 avril 2002.

⁸⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 25, 30 octobre 2002.

⁸⁹ Pour une revue plus détaillée de ces règles, voir F. AUGER, loc. cit., note 9.

⁹⁰ Le paragraphe 249(4) L.I.R. prévoit que l'année d'imposition d'une société dont le contrôle est acquis à un moment est réputée se terminer immédiatement avant ce moment.

⁹¹ Al. 111(4)a) et b) L.I.R.

moment antérieur à l'acquisition de contrôle pourront être utilisées après ce moment pour réduire le revenu de cette entreprise ou d'une entreprise semblable⁹². Il est toutefois possible d'inclure un nouvel actionnaire à l'intérieur d'un groupe de sociétés affiliées sans toutefois provoquer une acquisition de contrôle. De façon générale, cela sera accompli par le transfert d'une entreprise ou partie d'entreprise profitable sur une base de roulement en faveur de l'entité ayant des pertes accumulées en contrepartie d'un intérêt minoritaire de cette entité⁹³. L'actionnaire minoritaire ne doit pas avoir par ailleurs de droits permettant d'acquérir autrement le contrôle de la société à perte en raison de l'application potentielle du paragraphe 256(8) L.I.R. Cette structure fut utilisée avec succès dans l'affaire *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*⁹⁴.

Même si l'affaire *Duha* porte sur la notion de contrôle *de jure*, la seule applicable afin de déterminer si le contrôle d'une société a été acquis aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'ARC est d'avis que les structures permettant l'utilisation des pertes à l'extérieur du groupe de sociétés affiliées contrevient à l'esprit de la loi lue dans son ensemble et elle pourrait être tentée d'appliquer la RGAÉ à l'encontre de telles structures afin de limiter l'avantage fiscal. Compte tenu du fait que la décision *Duha* a été rendue avant l'introduction de la RGAÉ, on peut se demander si l'ARC pourrait maintenant contester de telles structures avec succès.

5. DISCUSSION SUR LA POLITIQUE FISCALE

Compte tenu de la complexité des techniques devant être utilisées pour utiliser les pertes à l'intérieur d'un groupe corporatif, il n'est pas surprenant que le gouvernement du Canada fasse l'objet de pressions en vue de la mise en place d'un régime qui permettrait aux sociétés détenues par le même propriétaire de regrouper leurs revenus et leurs pertes aux fins de l'impôt.

⁹² Par. 111(5) L.I.R.

⁹³ Le paragraphe 69(11) L.I.R. pourrait s'appliquer afin de refuser le transfert sur une base de roulement des biens si ces derniers étaient notamment vendus au cours de la période de trois ans qui suit le transfert.

⁹⁴ 98 D.T.C. 6334 (C.S.C.) (ci-après « *Duha* »).

Comme le souligne une étude récente⁹⁵, à l'heure actuelle, les deux tiers des pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE ») permettent le transfert de pertes d'entreprises à l'intérieur d'un groupe de sociétés. À ce sujet, il convient de se référer également à la récente rencontre de l'International Fiscal Association⁹⁶, dans le cadre de laquelle furent passés en revue les systèmes de transfert de pertes en vigueur dans une vingtaine de pays, dont le Canada.

Aux fins de définir sa politique fiscale en la matière, le Canada doit tout d'abord déterminer qui est le propriétaire des pertes, et par conséquent préciser qui pourra bénéficier des avantages fiscaux potentiels découlant de ces pertes. À ce chapitre, on peut considérer que les pertes appartiennent soit à la société, soit à son actionnaire⁹⁷.

De façon générale, si l'on considère que les pertes appartiennent à la société, elles ne devraient pas être transférables à une autre société ou un autre individu. Si, au contraire, on accepte que les pertes appartiennent à l'actionnaire ou au groupe corporatif auquel il appartient, nos lois fiscales devraient prévoir des mécanismes permettant le transfert de pertes à l'intérieur du groupe corporatif ou à l'actionnaire.

Sur ce sujet, dans le cadre du congrès annuel de l'Association canadienne d'études fiscales en 1988, David Dodge, alors sous-ministre des Finances, exprima clairement que la politique fiscale du Canada en matière de transfert de pertes était basée sur l'acceptation que les pertes appartiennent à l'actionnaire et non à la société :

« Simply expressed, the policy is that no losses incurred while a corporation is controlled by one person or group should be deductible against income earned while the corporation is controlled by another unrelated person or group⁹⁸. »

⁹⁵ Maureen DONNELLY et Allister YOUNG, « Policy Options for Tax Loss Treatment: How does Canada Compare? », (2002), vol. 50, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 429-488.

⁹⁶ P. DESLOGES et P. MARLEY, *loc. cit.*, note 2.

⁹⁷ Notons que, dans le cadre du comité Mintz, il fut même suggéré que les pertes puissent être considérées comme appartenant à l'entreprise. Les limitations contenues au paragraphe 111(5) L.I.R. pourraient, en effet, être une illustration de ce concept.

⁹⁸ William J. STRAIN, David A. DODGE et Victor PETERS, « Tax Simplification: The Elusive Goal », dans *1988 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1989, pp. 4:1-63, à la page 4:53.

Rappelons qu'en 1985, le ministre des Finances de l'époque, Michael H. Wilson, avait introduit un avant-projet de loi prévoyant un système de transfert de pertes. Dans le rapport du ministre de Finances, trois types généraux de systèmes de déclaration de revenus des groupes avaient été considérés : le système de consolidation fiscale, le système de transfert des pertes fiscales et le système d'impôt remboursable ou négatif.

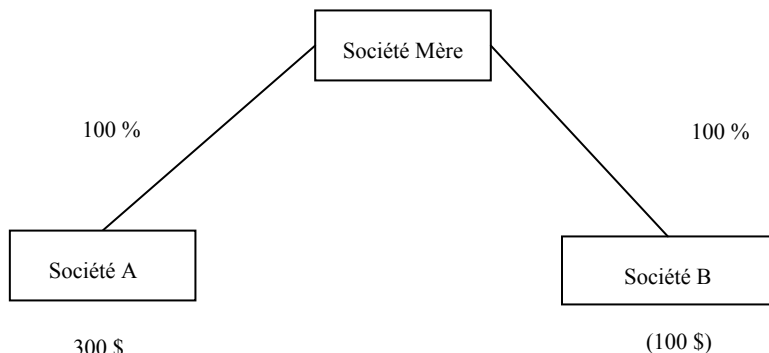
Selon le système de consolidation fiscale, le groupe de sociétés prépare une seule déclaration de revenus qui regroupe poste par poste les impôts de chaque membre du groupe. Pour effectuer ces regroupements, il convient normalement d'apporter des rajustements spéciaux qui supprimeraient l'effet des opérations intersociétés. Le groupe consolidé résultant est ainsi traité de la même façon que si les sociétés distinctes formaient des divisions au sein d'une même société.

Selon le système de transfert des pertes fiscales, chaque société membre d'un groupe bien défini continue d'être traitée séparément et produit sa propre déclaration de revenus. Toutefois, ces sociétés ont la possibilité de transférer à une ou plusieurs autres sociétés du groupe certains postes, par exemple une perte aux fins de l'impôt. La perte transférée réduit l'impôt exigible des sociétés ou des sociétés bénéficiaires du transfert. Dans ce type de système, il est également possible de permettre le transfert de certaines déductions ou crédits d'impôt.

Le système d'impôt remboursable ou négatif ressemble beaucoup à celui du transfert des pertes fiscales, mais au lieu de réduire l'impôt exigible de la société du groupe qui réalise des bénéfices, il accorde un remboursement d'impôt à la société qui enregistre la perte, et ce, jusqu'à concurrence du montant de l'impôt payé par d'autres membres de ce groupe.

Utilisons l'exemple suivant tiré du rapport du ministre Wilson afin d'illustrer la nature des trois types de systèmes de déclaration de revenus des groupes.

Une société de portefeuille, Société Mère, détient deux filiales en propriété exclusive, Société A et Société B. Société Mère n'a aucun revenu imposable. Société A déclare un revenu imposable de 300 \$, tandis que Société B affiche des pertes de 100 \$.



5.1. SYSTÈME DE CONSOLIDATION INTÉGRALE

Selon ce système, Société Mère, Société A et Société B regrouperaient poste par poste les éléments de leurs comptes d'impôt et effectueraient les rajustements nécessaires pour éliminer les opérations intersociétés. En conséquence, le revenu imposable de la société consolidée serait de 200 \$.

5.2. SYSTÈME D'IMPÔT REMBOURSABLE OU NÉGATIF

D'après ce système, Société B recevrait à l'égard de sa perte de 100 \$ un remboursement d'impôt équivalent à l'impôt qu'elle aurait eu à payer si elle avait enregistré un bénéfice au lieu d'une perte. Toutefois, le remboursement d'impôt ne pourrait pas être supérieur à l'impôt payable par Société A. Le montant du remboursement dépendrait donc du taux d'imposition auquel serait normalement assujettie Société B, si elle déclarait un revenu imposable.

5.3. SYSTÈME DE TRANSFERT DES DÉDUCTIONS OU DES PERTES

Selon ce système, la perte de 100 \$ de Société B serait transférée à Société A qui s'en servirait pour ramener son revenu imposable à 200 \$. Société B ne pourrait cependant pas effectuer un report de pertes. Le taux effectif du remboursement à l'égard de la perte serait équivalent au taux d'imposition applicable à Société A.

5.4. CONSIDÉRATIONS FÉDÉRALES-PROVINCIALES⁹⁹

Pour mieux comprendre les questions en jeu, il convient d'exposer brièvement les règles actuelles de répartition du revenu imposable des sociétés entre les provinces aux fins de détermination de l'impôt provincial sur le revenu des sociétés.

Aux termes des règles actuelles de répartition de l'impôt, une société attribue un revenu imposable dans les provinces où elle dispose d'un établissement permanent selon les formules prescrites de répartition. Celles-ci varient d'un secteur d'activité à l'autre, mais la formule la plus courante utilise le revenu brut et le total des salaires gagnés ou versés à l'intérieur des diverses compétences. Si une société dispose d'un établissement permanent dans une seule compétence, la totalité de son revenu imposable est attribuée à cette province. Dans un groupe comptant deux sociétés qui disposent chacune d'un établissement permanent distinct dans une province différente, si l'une des sociétés a un impôt à payer et l'autre enregistre une perte fiscale, la totalité de l'impôt payable par le groupe sera attribuée à la province où la société qui a un impôt à payer mène ses activités.

Selon un système de transfert des pertes, la perte fiscale serait déduite du revenu imposable et les recettes fiscales de la province d'où provient le revenu imposable diminueraient pendant l'année considérée. Par la suite, lorsque le report des pertes aurait autrement été utilisé, les recettes fiscales de l'autre province augmenteraient. Un transfert interprovincial de recettes en résulterait.

Bien entendu, dans une large mesure, il devrait y avoir des transferts compensateurs de pertes entre les provinces. Alors que certains groupes de sociétés disposeront de sociétés imposables dans une province et de sociétés déficitaires dans d'autres compétences, la situation sera fréquemment renversée. Néanmoins, il est possible qu'il se produise un mouvement net des recettes provinciales pendant un certain nombre d'années. Au nombre des raisons à l'origine de ce mouvement des recettes figurent l'emplacement des industries qui ont accès à des encouragements fiscaux élevés, l'emplacement des industries sensibles à la conjoncture et la prépondérance relative d'industries bien établies et d'industries naissantes dans certaines provinces en particulier. Des pertes fiscales peuvent être enregistrées dans chacune de ces circonstances. En conséquence, les recettes provinciales

⁹⁹ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 4.

risquent de fluctuer davantage avec un système de transfert des pertes qu'avec le système actuel.

C'est à cause de ces effets qu'il a été suggéré d'adopter un « système d'application fédérale uniquement ». Cette possibilité a été étudiée en 1985 par le ministère des Finances.

Un « système d'application fédérale uniquement » ne résoudrait qu'en partie le problème fondamental que l'on vise à régler, à savoir l'imposition différente des entités économiques. Les sociétés qui peuvent effectuer réellement, quoique à un certain coût, des transferts de pertes en vertu des règles actuelles pourraient fréquemment continuer d'utiliser les méthodes existantes pour ne pas perdre la valeur de la perte fiscale associée à l'impôt provincial sur le revenu. Dans ce cas, l'introduction d'un système de déclaration de revenus des groupes ne produirait pas les avantages attendus, à savoir une plus grande certitude fiscale et la simplification des opérations des entreprises.

En outre, les assiettes fiscales fédérales-provinciales seraient différentes advenant l'introduction d'un système de déclaration de revenus des groupes au niveau fédéral seulement. De ce fait, les sociétés pourraient demander des déductions ou des réserves discrétionnaires différentes aux fins de l'impôt fédéral et provincial sur le revenu. Il en résulterait une véritable dissociation des assiettes fiscales qui irait en s'élargissant et en se généralisant avec le temps. Dans le fond, les avantages considérables de l'harmonisation des assiettes seraient perdus. L'ARC en arriverait en fait à administrer deux régimes fiscaux complètement distincts. Par conséquent, l'introduction d'un « système d'application fédérale uniquement » exigerait que l'on modifie le mode de fonctionnement des ententes fédérales-provinciales de perception fiscale ou créerait des pressions en ce sens. En outre, toute mesure qui entraînerait la séparation des régimes fiscaux fédéral et provincial ne serait pas souhaitable.

5.5. INCIDENCES SUR LES RECETTES PUBLIQUES

L'examen de l'utilisation des pertes au sein de groupes de sociétés a permis de cerner diverses circonstances où les pertes ne sont pas utilisées en temps opportun. Comme les pertes seraient utilisées immédiatement en vertu de la proposition de 1985 du ministère des Finances, il en résulterait un manque à gagner important.

À titre d'illustration, le ministère des Finances avait estimé en 1985 que les recettes fédérales auraient diminué de quelque 300 M\$ à 400 M\$ au cours de la première année complète de fonctionnement du système.

Ces chiffres seraient assurément supérieurs si le Parlement canadien introduisait aujourd'hui un système de transfert de pertes. Le comité Mintz notait que la valeur fiscale accumulée (en dollars d'impôt) des pertes, déductions et autres crédits non utilisés s'élevait en 1993 à 31,3 milliards de dollars, soit environ trois fois le montant d'impôt corporatif total perçu par le fédéral en 1993.

La magnitude de ces montants est bien sûr une des raisons principales qui ralentit l'ardeur de nos politiciens à introduire un système qui permettrait de faciliter pour les contribuables canadiens le fait de bénéficier de l'épargne fiscale associée à la récupération de ces attributs fiscaux inutilisés.

Cependant, compte tenu des initiatives mises en place par nos partenaires de l'OCDE, le *statu quo* devient de moins en moins justifiable. Au nom de l'équité, de la neutralité et de la simplification des règles fiscales qui devraient être à la base de l'élaboration des politiques fiscales, plusieurs ont réclamé des actions concrètes de nos autorités fiscales au cours des années.

Dans ce contexte, il nous apparaît raisonnable de revisiter et d'adapter¹⁰⁰ l'initiative proposée par le ministère des Finances en 1985. Des mesures transitoires pourraient très bien atténuer l'impact qu'entraînerait l'introduction d'un nouveau système de transfert de pertes à l'intérieur d'un groupe de sociétés sur les recettes publiques.

CONCLUSION

Puisque les lois fiscales canadiennes ne comprennent aucune disposition permettant de consolider les résultats des sociétés faisant partie d'un groupe corporatif, chacune des sociétés comprises dans un groupe corporatif a ses propres attributs fiscaux qu'elle ne peut partager avec les autres sociétés faisant partie du groupe donné. De même, chacune des sociétés du groupe doit produire une déclaration fiscale annuelle, sans qu'il soit possible pour elle de produire une déclaration fiscale consolidée pour tous les membres du

¹⁰⁰ À titre d'exemple, il conviendra de revoir le test de la « détention de 95 % », qui était à la base du système proposé en 1985, en fonction de la politique fiscale actuelle qui permet le transfert d'attributs fiscaux entre sociétés affiliées.

groupe à l'intérieur de laquelle elle pourrait consolider ses revenus et pertes et partager certains avantages fiscaux.

De nombreux groupes de sociétés sont en mesure de structurer leurs activités pour obtenir, sur le plan fiscal, les mêmes résultats que s'ils étaient imposés comme une entité économique individuelle, mais les rajustements que cela suppose peuvent prendre du temps et s'avérer coûteux et inefficients du point de vue commercial.

De plus, tel qu'il fut recommandé par le Bureau du vérificateur général du Canada dans le cadre de son rapport de 1996, il serait approprié que la pratique administrative de l'ARC se rapportant à l'utilisation des pertes à l'intérieur d'un groupe corporatif fasse l'objet d'une mesure législative. En effet, l'absence de mesures législatives cohérentes en ce sens contraint les contribuables à établir des structures factices, artificielles et coûteuses afin d'atteindre leurs objectifs d'affaires. De surcroît, une pratique administrative ne procure pas aux contribuables la même certitude qu'un amendement législatif. Il convient de noter que le paragraphe 69(11) L.I.R. semble être un premier pas en ce sens. Malgré le fait que cette disposition soit en premier lieu une mesure antiévitement spécifique, elle édicte implicitement certaines limites à l'intérieur desquelles les pertes accumulées peuvent être utilisées par les sociétés affiliées à l'intérieur d'un groupe corporatif.

Par ailleurs, tel que nous l'avons fait remarquer, plusieurs dispositions législatives de la *Loi de l'impôt sur le revenu* font référence à divers concepts de rattachement afin de déterminer les divers attributs fiscaux des entités qui forment un groupe. Or, il y a lieu de se questionner sur l'atteinte des objectifs de la politique fiscale par ces divers tests de rattachement prévus par la législation compte tenu notamment de la complexité qui en découle. À cet égard, notons que l'utilisation des pertes d'une société est limitée lorsque le contrôle de la société est acquis par une personne ou un groupe de personnes. Alors que la position administrative est de permettre l'utilisation des pertes à l'intérieur d'un groupe de personnes affiliées, il y a lieu de se demander si le test utilisé au paragraphe 111(5) L.I.R. afin de restreindre l'utilisation des pertes autres qu'en capital lors de l'acquisition de contrôle d'une société ne devrait pas être assoupli notamment afin de permettre l'utilisation de ces pertes entre les sociétés qui sont affiliées avant ce moment.

Nous reconnaissons que le gouvernement du Canada doit tenir compte des contraintes imposées par les considérations budgétaires et de l'impact potentiel sur les recettes fiscales des provinces. Toutefois, nous croyons qu'il est grand temps pour le Canada de reprendre l'initiative entreprise en 1985

et, à l'instar de ses partenaires de l'OCDE, de permettre aux sociétés canadiennes de bénéficier d'un véritable système de transfert de pertes qui leur éviterait d'avoir à modifier et rajuster leur structure organisationnelle pour des raisons purement fiscales.

ROULEMENT DANS UN CONTEXTE DE RÉORGANISATION



Jean-François Thuot
CGA, M. Fisc.

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

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 19:3

1. ÉCHANGE D’ACTIONS DE LA MÊME SOCIÉTÉ 19:4

1.1. INTRODUCTION 19:4

1.2. GÉNÉRALITÉS 19:4

1.3. ROULEMENT AUTOMATIQUE OU POSSIBILITÉ DE DÉCLENCHER
UN GAIN 19:6

1.3.1. Utilisation de l’article 85 L.I.R. pour procéder à une
cristallisation 19:7

1.4. NON-RÉSIDENTS 19:7

1.5. CONSÉQUENCES FISCALES D’UNE DISPOSITION D’ACTIONS À
L’AIDE DE L’ARTICLE 85 L.I.R. 19:9

1.6. CONSÉQUENCES FISCALES D’UN REMANIEMENT DU
CAPITAL-ACTIONS CONFORMÉMENT À L’ARTICLE 86 L.I.R. 19:11

1.6.1. Planification fiscale..... 19:12

1.7.	CONSÉQUENCES FISCALES D'UN ÉCHANGE EN VERTU DE L'ARTICLE 51 L.I.R.	19:13
1.8.	ACTIONS DÉTENUES PAR UN RÉGIME ENREGISTRÉ	19:13
1.9.	AVANTAGE CONFÉRÉ À UNE PERSONNE LIÉE	19:14
1.9.1.	Conclusion	19:17
1.10.	ACTIONS ÉMISES À DES EMPLOYÉS BÉNÉFICIAIRE D'UN REPORT DE L'AVANTAGE IMPOSABLE	19:17
1.11.	EXTRACTION DU CAPITAL VERSÉ.....	19:19
2.	PRISE DE CONTRÔLE D'UNE SOCIÉTÉ PAR UN PAIEMENT EN ACTIONS	19:20
2.1.	ARTICLE 85.1 L.I.R. – GÉNÉRALITÉS	19:20
2.2.	CONTREPARTIE MIXTE.....	19:21
2.3.	CAPITAL VERSÉ DES ACTIONS ÉMISES PAR L'ACQUÉREUR.....	19:23
2.4.	COÛT DES ACTIONS POUR L'ACQUÉREUR	19:23
2.5.	INTERACTION DE L'ARTICLE 85.1 ET DU PARAGRAPHE 40(3.5) L.I.R.	19:24
	CONCLUSION	19:26

INTRODUCTION

Les dispositions de roulement fiscal prévues aux articles 51, 85, 85.1 et 86 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ font partie des dispositions fréquemment utilisées dans le cadre de réorganisations d'entreprises. Cette conférence vise à faire une analyse de ces dispositions en tentant, entre autres, d'en déterminer les avantages et les inconvénients.

Ces dispositions de roulement fiscal n'ont pas fait l'objet de changements majeurs au cours des dernières années et ont été commentées largement dans la doctrine fiscale². Ce texte se veut un rappel. Certains sujets connexes à ces dispositions sont également analysés, dont la présence d'actionnaires non résidents et la détention d'actions par l'entremise d'un régime enregistré.

La première partie de ce texte traite des échanges d'actions de la même société alors que la seconde section traite des prises de contrôle d'une société par un paiement en actions.

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

² Mark D. BRENDER, « Utilisation des articles 51, 85, 85.1 et 86 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 19:1-40.

Darey D. MOCH et Stanley R. EBEL, « Share Reorganizations and Corporate Takeover Transactions: Using Tax Rollover Provisions », dans *2000 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2001, pp. 8:1-25.

D. Darey MOCH et Stanley R. EBEL, « Basics of Corporate Reorganizations: Sections 51, 85, 85.1, 86 », dans *2002 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2002, TAB 10, 36 p.

Paul F. COBB, « Share-for-Share Exchanges: Section 85.1 », (1995), vol. 43, n° 6 *Revue fiscale canadienne* 2230-2242.

Douglas S. EWENS, « Reorganization of Capital: Section 86 », (1995), vol. 43, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 783-792.

Douglas S. EWENS, « Convertible Property: Section 51 – Part I », (1994), vol. 42, n° 5 *Revue fiscale canadienne* 1413-1423.

Douglas S. EWENS, « Convertible Property: Section 51 – Part 2 », (1994), vol. 42, n° 6 *Revue fiscale canadienne* 1660-1669.

1. ÉCHANGE D' ACTIONS DE LA MÊME SOCIÉTÉ

1.1. INTRODUCTION

Dans cette section, nous analyserons les dispositions de roulement³ prévues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* lorsqu'un actionnaire détient des actions d'une société et qu'il désire les échanger pour recevoir des actions d'une autre catégorie.

Plusieurs situations peuvent comprendre un échange d'actions. Parmi celles-ci, mentionnons les situations suivantes :

- intéressement de nouveaux partenaires dans la société;
- gel successoral;
- rachat de l'entreprise par les salariés (*management buy-out*);
- conversion d'actions privilégiées en actions ordinaires par une société à capital de risque.

1.2. GÉNÉRALITÉS

Il existe trois dispositions de roulement dans cette situation, soit les articles 51, 85 et 86 L.I.R. Nous comparerons ces dispositions en fonction des critères suivants :

- type de bien : le mécanisme de roulement s'applique-t-il uniquement aux immobilisations⁴?
- contrepartie : l'actionnaire peut-il recevoir autre chose que des actions?
- formalité administrative : un formulaire doit-il être produit?

³ « Roulement » signifiant une disposition d'actions pour un produit de disposition égal au coût fiscal des actions dont on a disposées.

⁴ « Immobilisation » s'entendant au sens de l'article 54 L.I.R., en vertu duquel il s'agit de : a) tout bien amortissable du contribuable; b) tout bien (autre qu'un bien amortissable) dont la disposition se traduirait pour le contribuable par un gain ou une perte en capital.

- quantité d'actions cédées : l'actionnaire doit-il disposer de toutes les actions de la catégorie?
- type de société : la société doit-elle être une société canadienne imposable?

Voici un tableau de classement en fonction des critères établis plus haut :

	Article 51	Article 85	Article 86
Type d'action cédée	Immobilisation	Immobilisation ou bien à porter à l'inventaire	Immobilisation
Contrepartie	Uniquement des actions	Actions et possibilité de recevoir également une contrepartie autre qu'en actions	Actions et possibilité de recevoir également une contrepartie autre qu'en actions
Formalité administrative	Aucune	Un formulaire conjoint doit être produit (actionnaire et société)	Aucune
Actions cédées	Une partie ou l'ensemble de la catégorie	Une partie ou l'ensemble de la catégorie	La totalité des actions d'une catégorie donnée
Type de société émettrice	Aucune exigence	Société canadienne imposable	Aucune exigence

Les distinctions importantes à faire concernant les trois dispositions sont les suivantes :

- pour bénéficier du roulement prévu aux articles 51 ou 86 L.I.R., l'action doit représenter une immobilisation;
- l'article 51 L.I.R. ne peut être utilisé si la transaction d'échange comporte une contrepartie autre qu'en actions;

- pour bénéficier de l'article 85 L.I.R., un choix conjoint par l'actionnaire et la société devra être effectué et communiqué aux autorités fiscales;
- pour bénéficier de l'article 86 L.I.R., la totalité des actions de la catégorie donnée détenue par l'actionnaire doivent être échangées;
- finalement, l'article 85 L.I.R. est applicable uniquement si la société émettrice est une société canadienne imposable⁵.

Quant à l'ordre de priorité entre les dispositions :

- si un choix est effectué en vertu de l'article 85 L.I.R., cette disposition l'emporte en vertu des paragraphes 51(4) et 86(3) L.I.R.;
- si aucun choix n'est effectué, l'article 86 L.I.R. l'emporte sur l'article 51 L.I.R. en vertu du paragraphe 51(4) L.I.R.

1.3. ROULEMENT AUTOMATIQUE OU POSSIBILITÉ DE DÉCLENCHER UN GAIN

Lorsqu'un choix est effectué en fonction des dispositions prévues à l'article 85 L.I.R., l'actionnaire pourra désigner une somme convenue plus élevée que le coût fiscal du bien cédé pour déclencher un gain en capital⁶. Si aucun choix n'est effectué en fonction de l'article 85 L.I.R. et que les conditions d'application de l'article 51 ou de l'article 86 L.I.R. sont remplies, le roulement est automatique et l'actionnaire ne peut choisir unilatéralement de déclencher un gain en capital comme cela est prévu à l'article 85.1 L.I.R.⁷ Il sera, dans certains cas, possible de déclencher un gain en capital lors de l'application de l'article 86 L.I.R. en présence d'une contrepartie autre qu'en actions⁸.

⁵ En vertu du paragraphe 89(1) L.I.R., société qui, au moment où l'expression est pertinente : a) d'une part, était une société canadienne; b) d'autre part, n'était pas, en vertu d'une disposition législative, exonérée de l'impôt prévu à la présente partie.

⁶ Sous réserve de la valeur marchande du bien cédé. Également, la réception d'une contrepartie autre qu'en actions pour l'actionnaire pourrait déclencher un dividende réputé.

⁷ Voir à ce sujet la section 2 du présent texte.

⁸ Voir la section 1.6 du présent texte.

1.3.1. Utilisation de l'article 85 L.I.R. pour procéder à une cristallisation

Il fut un temps où la cristallisation était un sujet à la mode, principalement en raison de la crainte que la déduction concernant les actions admissibles de petites entreprises ne disparaisse. Cette crainte s'est estompée au cours des dernières années, notamment en raison de la disparition de la déduction de 100 000 \$ le 22 février 1994 et des règles transitoires⁹ ayant permis à l'époque d'utiliser cette disposition.

Il peut être encore opportun de procéder à une cristallisation lorsque la société est aujourd'hui une société admissible. Dans certains cas, la société peut perdre son statut de société admissible à la suite d'une expansion internationale importante. En effet, il faut se rappeler que le test de qualification des actifs est fondé sur l'exploitation d'une entreprise principalement au Canada¹⁰.

Évidemment, la disqualification de la société pourrait également être provoquée par une accumulation importante de placements non utilisés dans l'exploitation active de l'entreprise au Canada. Dans ce dernier cas, la purification de la société pourrait être plus facile à réaliser.

1.4. NON-RÉSIDENTS

Dans le cadre de transactions d'échange d'actions concernant des actionnaires non résidents une attention particulière doit être accordée à l'exigence administrative d'obtenir un certificat de conformité en vertu de l'article 116 L.I.R.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit l'imposition d'un gain en capital réalisé par un non-résident sur un « bien canadien imposable » (ci-après « BCI ») tel qu'il est défini au paragraphe 248(1) L.I.R. Un traité fiscal entre le Canada et le pays de résidence de l'actionnaire peut toutefois amoindrir l'imposition du gain au Canada.

⁹ En effet, selon plusieurs, il est permis de croire qu'advenant la disparition de la déduction pour gains en capital de 500 000 \$ un mécanisme similaire serait permis.

¹⁰ Voir la définition d'actions admissibles de petites entreprises au paragraphe 110.6(1) L.I.R.

Les BCI comprennent les actions du capital-actions d'une société résidant au Canada qui ne sont pas inscrites à la cote d'une bourse de valeurs visée par règlement ainsi que les options d'acquérir de tels biens.

Les actions qui sont inscrites à la cote d'une bourse de valeurs visée par règlement peuvent être des BCI si, au cours de la période de 60 mois se terminant au moment donné, au moins 25 % des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société appartenaient à l'actionnaire non résident et à des personnes avec lesquelles celui-ci a un lien de dépendance.

Lorsqu'un non-résident dispose de certains BCI, il doit en aviser les autorités fiscales et obtenir un certificat de la part de celles-ci. Toutefois, le paragraphe 116(6) L.I.R. exclut certains biens de cette démarche. Parmi les exclusions, mentionnons les biens suivants :

- un bien qui est un BCI du seul fait qu'il est réputé être un tel bien par une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;
- un bien qui figure à l'inventaire d'une entreprise exploitée activement au Canada par la personne;
- une action d'une catégorie du capital-actions d'une société qui est inscrite à la cote d'une bourse de valeurs visée par règlement;
- une obligation, un effet, un billet, une créance hypothécaire ou tout titre semblable.

Dans l'éventualité où le non-résident n'obtient pas un certificat couvrant le produit de disposition, l'acheteur est redevable, pour le compte du non-résident, d'un impôt égal à 25 % de l'excédent du coût pour l'acheteur du bien ainsi acquis et de la limite prévue sur le certificat¹¹.

Tel qu'il a été mentionné plus tôt, l'échange en vertu des dispositions prévues à l'article 51 L.I.R. est réputé ne pas être une disposition. En l'occurrence, le non-résident ne réalisera pas un gain en capital lors de cette disposition. Un certificat devra malgré tout être obtenu compte tenu du fait que l'article 51 L.I.R. crée la présomption qu'il n'y a pas de disposition mais

¹¹ Sur le plan provincial, l'impôt est égal à 12 %. Pour certains biens, le taux de retenue peut être différent, tel qu'il est décrit au paragraphe 116(5.3) L.I.R.

qu'il ne crée pas de présomption qu'il n'y a pas d'acquisition¹². À défaut d'obtenir un certificat, la société émettrice devra acquitter un impôt pour le compte du non-résident.

Dans le cadre d'une transaction comprenant les dispositions prévues aux articles 85, 86 et 85.1 L.I.R., un certificat de conformité devra également être obtenu. De plus, pour le calcul de la retenue visée au paragraphe 116(5) L.I.R., le coût pour la société qui émet les actions sera égal, selon l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »), à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de la contrepartie donnée par la société pour l'acquisition des actions¹³.

Tant à l'alinéa 51(1)d) qu'à l'alinéa 85(1)i) L.I.R., il est prévu que, si le bien disposé est un BCI, la totalité des actions reçues par le non-résident sont réputées être des BCI pour celui-ci. Toutefois, l'article 86 L.I.R. ne prévoit pas cette règle de présomption de BCI. Il peut donc être intéressant, dans certains cas, de structurer l'échange d'actions pour que les dispositions prévues à l'article 86 L.I.R. s'appliquent. En effet, si la société envisage une émission publique dans l'avenir, l'actionnaire non résident aurait intérêt à procéder à un échange en vertu de l'article 86 L.I.R. afin de pouvoir bénéficier de l'exclusion prévue pour les actions qui sont inscrites à la cote d'une bourse de valeurs visée par règlement. Dans l'éventualité où le non-résident avait acquis les actions par le biais d'un roulement à l'article 51 ou à l'article 85 L.I.R., une purification des actions pourrait être effectuée à l'aide de l'article 86 L.I.R. préalablement à l'émission publique de la société¹⁴.

1.5. CONSÉQUENCES FISCALES D'UNE DISPOSITION D' ACTIONS À L'AIDE DE L'ARTICLE 85 L.I.R.

Contrairement aux roulements prévus à l'article 51 et à l'article 86 L.I.R., le roulement prévu à l'article 85 L.I.R. permet plus de flexibilité quant au produit de disposition. En effet, lors du choix conjoint, l'actionnaire

¹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique confirmée 2001-0070415, 28 mars 2001.

¹³ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 57:13-70, question 33, aux pages 57:55-56.

¹⁴ Voir la conférence de Darry D. MOCH et Stanley R. EBEL, « Basics of Corporate Reorganizations », dans *2002 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 10:1-32, sections 51, 85, 85.1 et 86.

et la société pourront opter pour une somme convenue plus élevée que le prix de base rajusté (ci-après « PBR »), provoquant ainsi la réalisation d'un gain en capital.

La somme convenue entre le cédant et le cessionnaire sera réputée être le produit de disposition du cédant et le coût d'acquisition du cessionnaire. Il est important de noter que la somme convenue ne peut être inférieure à la JVM de la contrepartie autre qu'en actions que le cédant a reçue¹⁵. Également, la somme convenue ne peut être supérieure à la JVM des actions cédées au cessionnaire¹⁶.

L'attribution de la somme convenue au coût fiscal des biens reçus du cessionnaire par le cédant se fera en premier sur la contrepartie autre qu'en actions. Le solde sera appliqué sur la contrepartie en actions. Dans l'éventualité où l'actionnaire reçoit plusieurs catégories d'actions, l'attribution du PBR se fera prioritairement aux actions privilégiées¹⁷ en vertu de l'alinéa 85(1)g) L.I.R. Toujours en vertu de cet alinéa, si plusieurs catégories d'actions privilégiées ont été émises, la répartition s'effectuera en fonction de la JVM de chaque catégorie¹⁸.

En vertu de l'alinéa 85(1)h) L.I.R., le PBR des actions ordinaires émises en contrepartie des actions lors de l'échange sera égal à l'excédent du PBR des anciennes actions sur le total de la JVM de la contrepartie autre qu'en actions et de la JVM des actions privilégiées.

L'article 85 L.I.R. peut donc permettre à un actionnaire d'isoler le coût fiscal des actions détenues sur une catégorie pour que celle-ci puisse avoir

¹⁵ Al. 85(1)b) L.I.R. Une attention particulière devra être portée sur l'importance de la contrepartie autre qu'en actions pour éviter de déclencher un dividende réputé, conformément aux paragraphes 84(3) et 84(5) L.I.R.

¹⁶ Al. 85(1)c) L.I.R.

¹⁷ Action autre qu'une action ordinaire selon le paragraphe 248(1) L.I.R. Toujours selon ce paragraphe, une action ordinaire est définie comme une action dont le détenteur n'est pas empêché, lors de la réduction ou le rachat du capital-actions, de participer à l'actif de la société au-delà de la somme versée pour cette action, plus une prime fixe et un taux déterminé de dividende.

¹⁸ Jusqu'à concurrence de la valeur marchande de chaque catégorie.

une valeur marchande égale au coût fiscal, permettant ainsi, dans certaines circonstances, de mettre en application diverses planifications fiscales¹⁹.

1.6. CONSÉQUENCES FISCALES D'UN REMANIEMENT DU CAPITAL-ACTIONS CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 86 L.I.R.

Pour que les dispositions de l'article 86 L.I.R. trouvent application, nous devons, entre autres choses, être en présence d'une disposition d'actions au cours d'un « remaniement de capital ». Ce terme n'est malheureusement pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il est généralement admis qu'une disposition des actions dans le cadre d'une modification des statuts corporatifs consiste en une transaction visée par l'article 86 L.I.R.²⁰

Selon un auteur²¹, il est possible de prétendre qu'un remaniement du capital ne nécessite pas obligatoirement des amendements aux statuts corporatifs.

Dans le cadre de transactions comprenant un échange d'actions, les conséquences de ne pas se qualifier comme un remaniement du capital peuvent varier en fonction de la contrepartie reçue. En effet, si le cédant a reçu uniquement des actions en contrepartie des actions cédées, la transaction pourrait être visée par l'article 51 L.I.R. si les autres conditions sont remplies. Toutefois, si le cédant a reçu une contrepartie autre qu'en actions, l'article 51 L.I.R. ne peut trouver application, et le roulement pourrait ainsi ne pas être obtenu.

Pour cette raison, si une ambiguïté subsiste quant à la qualification de la réorganisation comme un remaniement du capital, il serait prudent de produire un choix à l'article 85 L.I.R. si le cédant a reçu une contrepartie autre qu'en actions et que les autres conditions sont remplies.

¹⁹ Voir entre autres : Louis JEANNOTTE, Julie MONETTE, Jean-François PELLAND, Stéphanie BISSON, Julie DOYON et Réjean RAYMOND, « Étude de cas – Nouvelles réalités : 10 ans après un gel », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 59:1-156, partie 4, aux pages 59:27-103.

²⁰ Douglas S. EWENS, « Reorganization of Capital : Section 86 », (1995), vol. 40, n° 6 *Revue fiscale canadienne* 746-762, p. 753.

²¹ Voir l'excellente analyse de Mark D. BRENDER lors du Congrès 1999 de l'Association de planification fiscale et financière : M. D. BRENDER, *loc. cit.*, note 2.

Tel qu'il a été mentionné précédemment, l'article 86 L.I.R. trouvera application si l'on a disposé de toutes les actions d'une catégorie donnée du cédant.

Les règles suivantes s'appliquent à l'article 86 L.I.R. :

- le coût de toute contrepartie autre qu'en actions reçue du cédant sera égal à la JVM du bien reçu lors de la disposition²²;
- le coût des nouvelles actions reçues sera égal au PBR des anciennes actions sur la JVM de la contrepartie autre qu'en actions reçue;
- le produit de disposition des anciennes actions sera égal au coût, pour le cédant, des nouvelles actions reçues et des autres biens reçus en échange des anciennes actions;
- la répartition du coût, si plusieurs catégories d'actions sont reçues par le cédant, s'effectuera en proportion de la JVM de chaque catégorie d'actions.

1.6.1. Planification fiscale

1.6.1.1. Transfert du capital versé d'un actionnaire à un autre

À l'aide de l'article 86 L.I.R., il est possible de mettre en application une réorganisation d'entreprise permettant de transférer une partie du capital versé à un autre actionnaire. Il faut toutefois être prudent quant à l'application possible de la règle générale antiévitement²³.

L'ARC a déjà indiqué qu'elle n'appliquerait pas le paragraphe 245(2) L.I.R. à une réorganisation ayant pour objectif de transférer du capital versé d'un actionnaire à un autre pour refléter la mise de fonds de chaque actionnaire²⁴.

²² Tout comme l'article 85 L.I.R., une attention particulière devra être portée sur l'ampleur de la contrepartie autre qu'en actions car, si celle-ci excède le capital versé des anciennes actions, le cédant sera réputé avoir reçu un dividende conformément aux paragraphes 84(3) et 84(5) L.I.R.

²³ Voir, entre autres, l'arrêt *Nadeau c. La Reine*, 99 D.T.C. 324.

²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9613115, 8 mai 1996, et 9635243, 12 décembre 1996.

Il pourrait donc être possible, dans le cadre d'un remaniement du capital-actions, de restaurer le capital versé d'un actionnaire ayant été pénalisé par une dilution de son capital versé en faveur d'autres actionnaires en raison du mécanisme de calcul du capital versé prévu au paragraphe 89(1) L.I.R.

1.7. CONSÉQUENCES FISCALES D'UN ÉCHANGE EN VERTU DE L'ARTICLE 51 L.I.R.

L'article 51 L.I.R. vise les transactions dont les actions ont été émises à la suite de l'échange d'un bien convertible de la société émettrice. Le bien convertible peut être soit une obligation ou un billet de la société dont les conditions confèrent à son détenteur un tel droit d'échange, soit une autre action de la société. L'action échangée peut donc être une action avec ou sans droit d'échange. Nous nous attarderons sur les échanges d'actions.

En vertu du paragraphe 51(1) L.I.R., l'échange ne sera pas réputé être une disposition²⁵. Par conséquent, aucun gain (ou aucune perte) ne sera réalisé lors de l'échange.

En vertu de l'alinéa 51(1)b) L.I.R., le PBR des actions disposées sera transposé sur les nouvelles actions émises en contrepartie. Si plusieurs catégories sont émises, la répartition du PBR sera fonction de la valeur marchande des actions de chaque catégorie émise.

Quant au capital versé des nouvelles actions émises, il sera égal au capital versé des actions échangées. Dans l'éventualité où le capital versé légal est plus élevé que le capital versé des actions échangées, une réduction devra être effectuée conformément au paragraphe 51(3) L.I.R. S'il y a plusieurs catégories, la réduction s'effectuera en fonction du capital versé propre à chaque catégorie.

Mentionnons également qu'aux fins des articles 74.4 et 74.5 L.I.R., l'échange est réputé constituer un transfert du bien convertible du contribuable à la société.

1.8. ACTIONS DÉTENUES PAR UN RÉGIME ENREGISTRÉ

Dans le cadre de réorganisations d'entreprises comprenant un échange d'actions détenues par un actionnaire par l'entremise d'un régime enregistré,

²⁵ Sauf aux fins du paragraphe 20(21) L.I.R.

certaines précautions doivent être prises. En effet, sous réserve d'être un placement admissible, un régime enregistré peut détenir des actions d'une société privée²⁶ ou publique.

Pour être qualifiées de placement admissible, les actions d'une société privée doivent remplir différentes conditions. Il arrive bien souvent que la qualification des actions d'une société privée s'effectue conformément au paragraphe 4900(12) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*²⁷. La qualification s'effectue alors au moment où le régime enregistré acquiert les actions.

Lors de l'échange d'actions, il faudra s'assurer de remplir à nouveau les conditions d'admissibilité. En effet, la société pouvait être à l'origine une société exploitant une petite entreprise lors de l'acquisition des actions et ne plus satisfaire aux conditions lors de l'échange d'actions. La détention et l'acquisition de placements non admissibles par un régime enregistré occasionnent des pénalités. L'ARC est d'avis que les conditions énoncées au paragraphe 4900(12) R.I.R. doivent être remplies lorsque le régime acquiert les nouvelles actions dans le cadre d'une réorganisation visée tant par le paragraphe 86(1) L.I.R. que par le paragraphe 51(1) L.I.R.²⁸

1.9. AVANTAGE CONFÉRÉ À UNE PERSONNE LIÉE

Les trois dispositions de roulement dont il est question dans la présente section comportent une règle antiévitement visant à faire obstacle au transfert de valeurs entre actionnaires ayant un lien de dépendance. En effet, lorsque la JVM des actions avant l'échange excède la JVM des actions reçues²⁹ et qu'il est raisonnable de considérer une partie de cet excédent (ci-après « partie donnée ») comme un avantage que le cédant a voulu voir conféré à une personne à laquelle il est lié, les conséquences suivantes s'appliquent :

²⁶ Voir notamment, Michel TURCOT, « REÉR – Placements dans les sociétés privées », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 22:1-31.

²⁷ C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

²⁸ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 51:9-44, question 2.6, aux pages 51:20-21.

²⁹ Et la contrepartie autre qu'en actions dans le cadre d'un échange visé aux articles 85 ou 86 L.I.R.

- Article 51
 - le contribuable est réputé avoir disposé des actions au moindre :
 - i) du PBR des anciennes actions + la partie donnée,
 - ii) de la JVM des anciennes actions;
 - si le contribuable réalise une perte en capital, celle-ci sera réputée nulle. Le PBR des actions reçues sera égal au moindre :
 - i) du PBR des anciennes actions,
 - ii) de la JVM des actions reçues plus la perte refusée s’il y a lieu;
- Article 86
 - le contribuable est réputé recevoir un produit de disposition égal au moindre :
 - i) du total de la JVM des biens autres que des actions et de la partie donnée,
 - ii) de la JVM des anciennes actions.

Toute perte en capital réalisée lors de l’échange sera réputée nulle.

Le coût fiscal des actions reçues lors de l’échange sera égal au calcul suivant :

PBR des anciennes actions qui excède le total de :	xx
• JVM des biens reçus autres que des actions	(x)
• partie donnée	(x)
PBR des nouvelles actions	y ³⁰

³⁰ Ne peut être négatif.

Lorsque le contribuable reçoit plusieurs catégories d'actions en échange de ses anciennes, une répartition du coût s'effectue en fonction de la valeur marchande de chaque catégorie.

Il est donc intéressant de mentionner que les articles 51 et 86 L.I.R. ont des mécanismes visant à empêcher un contribuable de transférer une partie de la valeur des actions qu'il détient lors de l'échange d'actions en faveur d'une personne liée. Toutefois, le résultat ne sera pas le même en fonction de la disposition législative utilisée pour effectuer l'échange. Par exemple, si un individu détient des actions ayant un PBR de 50 000 \$ et une valeur marchande de 100 000 \$ et qu'il reçoit en échange des actions ayant une valeur de 80 000 \$, les conséquences seraient les suivantes :

- Article 51 L.I.R.

– produit de disposition	70 000 \$ ³¹
– coût des nouvelles actions	50 000 \$ ³²

- Article 86 L.I.R.

– produit de disposition (la perte de 30 000 \$ ³³ est réputée nulle)	20 000 \$ ³⁴
– coût fiscal des nouvelles actions	30 000 \$ ³⁵

Dans cet exemple, le gain latent de 50 000 \$ existant avant la réorganisation est maintenu. Toutefois, en vertu de l'article 51 L.I.R., une partie du gain serait réalisée lors de l'échange alors que, si l'échange s'effectuait conformément aux dispositions de l'article 86 L.I.R., le gain de 50 000 \$ se produirait uniquement lors de la disposition des actions échangées.

³¹ Soit le PBR des anciennes actions (50 000 \$) plus la partie donnée (100 000 \$ – 80 000 \$).

³² Soit le PBR des anciennes actions.

³³ Soit 50 000 \$ – 20 000 \$.

³⁴ Soit la partie donnée (20 000 \$) plus la JVM de la contrepartie autre qu'en actions.

³⁵ Soit 50 000 \$ – 0 \$ – 20 000 \$.

- Article 85 L.I.R.

L'article 85 L.I.R. contient également une disposition visant à faire obstacle au transfert de valeur d'un actionnaire à un autre dans le cadre d'une disposition de biens. En effet, en vertu de l'alinéa 85(1)c.2) L.I.R., la somme convenue (soit le produit de disposition du cédant) sera augmentée de l'avantage que le cédant a voulu conférer. Il est important de mentionner que cette augmentation n'est pas prise en compte dans le calcul du coût des actions reçues par le cédant.

Contrairement aux paragraphes 51(2) et 86(2) L.I.R., l'article 85 L.I.R. prévoit une exception relativement aux biens cédés à une société qui est une filiale détenue à 100 % par le contribuable.

1.9.1. Conclusion

Dans le cadre d'échange d'actions concernant des personnes liées, il est important d'être prudent afin de s'assurer que la contrepartie reçue est égale à la valeur marchande des actions échangées. En effet, en l'absence d'une telle précaution, le contribuable pourrait se retrouver en présence d'un phénomène de double imposition. Par exemple, dans le cadre d'un gel successoral, les actions privilégiées émises à l'auteur du gel devront comporter des caractéristiques particulières pour éviter l'application des dispositions sur les avantages conférés³⁶.

1.10. ACTIONS ÉMISES À DES EMPLOYÉS BÉNÉFICIAIRE D'UN REPORT DE L'AVANTAGE IMPOSABLE

La participation des employés à l'actionnariat de la société qui les emploie est une méthode de rémunération permettant, dans certaines circonstances, d'augmenter la rentabilité de celle-ci en raison de l'effet motivateur qu'un tel mécanisme peut avoir sur les employés. Autrefois réservée aux grandes entreprises, la souscription à des actions par un mécanisme d'options est maintenant présente dans des entreprises de toutes tailles. La *Loi de l'impôt sur le revenu* comporte une série de règles visant l'imposition d'une telle rémunération³⁷.

³⁶ Voir à ce sujet le texte de Luc MARTEL, « Les techniques de gel successoral », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 4:1-121, aux pages 4:30-46.

³⁷ Art. 7 L.I.R. Voir à ce sujet le texte de P. Mario CHARPENTIER et Véronique LAURIN, « Entreprises technologiques : intéressement des employés – Rémunération, (à suivre...) »

Lorsqu'un employé exerce les options qu'il détient en vue de recevoir des actions en contrepartie, un avantage imposable doit être déterminé. Cet avantage imposable est égal à l'excédent de la valeur marchande des titres au moment où il les a acquis sur le total de la somme qu'il a payée ou qu'il doit payer³⁸. Dans certaines circonstances, l'avantage imposable ainsi calculé sera inclus dans les revenus de l'employé au moment où ce dernier disposera des actions.

Le report de l'avantage imposable est disponible depuis plusieurs années pour les employés exerçant leurs actions reçues de sociétés privées sous contrôle canadien³⁹ si certaines conditions sont remplies. Depuis le budget fédéral de l'année 2000, les employés de sociétés dont les actions sont inscrites à une bourse de valeurs visée par règlement peuvent également reporter leur avantage imposable si certaines conditions sont remplies⁴⁰.

Dans le cadre de réorganisations comprenant l'échange d'actions, par exemple dans le cadre d'une prise de contrôle payable par l'émission d'actions, les mesures nécessaires devront être prises pour éviter que les employés qui procèdent à la disposition de leurs actions voient l'avantage imposable reporté se matérialiser. En effet, le paragraphe 7(1.5) L.I.R. comporte une disposition permettant aux employés qui échangent leurs actions en contrepartie d'autres actions de reporter leur avantage imposable s'ils remplissent les conditions suivantes :

- 1) l'employé doit disposer ou échanger les actions qu'il détient;
- 2) l'employé doit recevoir des actions en contrepartie de cette disposition ou de l'échange de l'employeur, d'une personne avec laquelle l'employeur a un lien de dépendance immédiatement après la disposition ou l'échange, d'une société issue de la fusion ou de l'unification de l'employeur et d'une ou de plusieurs autres sociétés ou d'une fiducie de fonds commun

(... suite)

bonification », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 5:1-62.

³⁸ Al. 7(1)a) L.I.R.

³⁹ Par. 7(1.1) L.I.R.

⁴⁰ Par. 7(8) L.I.R. Voir à ce sujet le texte de Luc LACOMBE, « Option de différer l'imposition du revenu d'emploi : article 7 L.I.R », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 23:1-86.

de placement dans laquelle l'employeur a transféré un bien dans les circonstances visées au paragraphe 132.2(1) L.I.R.;

- 3) l'employé doit seulement recevoir des actions en contrepartie de ses anciennes actions;
- 4) la valeur globale des nouveaux titres immédiatement après la disposition ou l'échange ne dépasse pas celle des anciens titres immédiatement avant la disposition ou l'échange.

Quand l'ensemble de ces conditions sont remplies, les présomptions suivantes s'appliquent :

- 1) l'employé est réputé ne pas avoir disposé des titres échangés, ou ne pas les avoir échangés, et ne pas avoir acquis les nouveaux titres;
- 2) les nouveaux titres sont réputés être les mêmes titres que les titres échangés et en être la continuation, sauf pour ce qui est de déterminer s'ils sont identiques à d'autres titres;
- 3) la société qui a émis les nouveaux titres est réputée être la même personne que la société qui a émis les titres échangés et en être la continuation;
- 4) dans le cas où les titres échangés ont été émis aux termes d'une convention, les nouveaux titres sont réputés avoir été émis aux termes de la même convention.

En conclusion, il faudra remplir les conditions prévues au paragraphe 7(1.5) L.I.R. pour permettre aux employés de reporter leur avantage imposable et s'assurer que, en ce qui a trait à l'application de l'exigence de détention des actions pendant au moins deux ans, le temps de détention des anciennes et nouvelles actions soit combiné.

1.1.1. EXTRACTION DU CAPITAL VERSÉ

Lors d'une réorganisation d'entreprise comprenant l'échange d'actions, il sera possible pour le cédant d'extraire de la société, comme contrepartie autre qu'en actions, le capital versé des actions échangées dans le cadre d'une transaction visée aux articles 85 et 86 L.I.R.

En effet, dans la mesure où la contrepartie autre qu'en actions n'excède pas le capital versé attribuable aux actions échangées, aucun dividende ne

sera déclenché par l'application du paragraphe 84(3) L.I.R. Évidemment, une attention particulière devra être apportée au PBR des actions échangées car, si celui-ci est inférieur à la contrepartie autre qu'en actions, un gain en capital sera réalisé lors de l'échange.

Finalement, compte tenu du fait que l'article 51 L.I.R. ne permet pas une contrepartie autre qu'en actions, il est impossible d'extraire le capital versé des actions échangées à l'aide d'une transaction visée par cet article.

2. PRISE DE CONTRÔLE D'UNE SOCIÉTÉ PAR UN PAIEMENT EN ACTIONS

Il n'est pas rare dans le cadre de l'acquisition des actions d'une société par une autre de voir la société acheteuse émettre des actions au vendeur comme contrepartie partielle ou totale. Dans ce genre de transaction, deux dispositions de roulement peuvent trouver application, soit les articles 85 et 85.1 L.I.R.

2.1. ARTICLE 85.1 L.I.R. – GÉNÉRALITÉS

L'article 85.1 L.I.R. a pour objectif de faciliter l'acquisition des actions d'une société par une autre par roulement fiscal lorsque des actions de l'acheteur servent comme contrepartie à l'acquisition.

Pour bénéficier des dispositions de l'article 85.1 L.I.R., certaines conditions doivent être remplies, soit les suivantes :

- l'acquéreur est une société canadienne⁴¹;
- les actions représentent des immobilisations⁴² pour le vendeur;
- les actions vendues sont émises par une société canadienne imposable;
- la contrepartie payée consiste en l'émission d'actions de l'acheteur;
- la seule contrepartie que le vendeur reçoit est des actions d'une catégorie du capital-actions de l'acheteur;

⁴¹ Selon la définition prévue au paragraphe 89(1) L.I.R.

⁴² *Supra*, note 4.

- le vendeur et l'acheteur n'ont pas de lien de dépendance immédiatement avant l'échange⁴³;
- le vendeur et l'acheteur ne présentent pas un choix en vertu des paragraphes 85(1) ou 85(2) L.I.R. à l'égard des actions échangées;
- immédiatement après l'échange, le vendeur ou des personnes avec qui il a un lien de dépendance ne contrôlent pas l'acheteur;
- immédiatement après l'échange, le vendeur ou des personnes avec qui il a un lien de dépendance avaient la propriété effective d'actions de l'acheteur, dont la JVM est égale à plus de 50 % de la JVM de toutes les actions en circulation de l'acheteur.

On constate que le roulement prévu à l'article 85.1 L.I.R. ne sera pas disponible si le vendeur reçoit une contrepartie autre que des actions de l'acquéreur. L'ARC⁴⁴ est d'avis que l'application de l'article 85.1 L.I.R. ne sera généralement pas refusée lorsque le vendeur a droit à une fraction d'actions de l'acheteur et que ce dernier, au lieu d'émettre une fraction d'actions, acquitte son obligation à l'aide d'une contrepartie autre qu'en actions. De plus, si la contrepartie autre qu'en actions n'excède pas 200 \$, le vendeur peut laisser tomber le calcul du gain réalisé ou de la perte subie au cours de la disposition partielle et soustraire ce montant du PBR des actions reçues.

De plus, si le vendeur et l'acheteur effectuent un choix en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. à l'égard des actions échangées, l'article 85.1 L.I.R. ne trouvera pas application. Toutefois, dans une transaction concernant plusieurs vendeurs, rien n'empêche que certains se prévalent de l'article 85.1 L.I.R. et que d'autres se prévalent des dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R.

2.2. CONTREPARTIE MIXTE

Tel qu'il a été mentionné plus haut, l'une des conditions d'application de l'article 85.1 L.I.R. est que la contrepartie reçue par le vendeur soit

⁴³ Il n'est pas tenu compte d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R., qui permet à l'acquéreur d'avoir les actions échangées.

⁴⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-450R, « Échange d'actions au pair », 8 avril 1993.

uniquement des actions nouvellement émises de l'acheteur. Or, il n'est pas rare, dans le cadre d'une prise de contrôle d'une société, d'être en présence d'une contrepartie mixte, par exemple une partie du prix de vente payable sous forme d'actions et une autre payable comptant.

L'ARC permet d'utiliser le paragraphe 85.1(1) L.I.R. dans la mesure où le vendeur peut désigner clairement les actions qui ont été échangées contre de l'argent (ou une autre contrepartie) et celles qui l'ont été contre des actions de l'acheteur. Également, lorsque le vendeur reçoit des actions et de l'argent (ou une autre contrepartie) pour chacune des actions échangées, le paragraphe 85.1(1) L.I.R. pourra être utilisé à l'égard de la fraction de chaque action échangée contre laquelle seule une contrepartie en actions a été reçue, à condition que l'offre d'achat indique clairement que la contrepartie en actions sera échangée contre une fraction donnée de chacune des actions offertes et que la contrepartie autre sera accordée pour la fraction qui reste.

On constate que, dans une transaction visant une contrepartie mixte, plusieurs scénarios sont possibles. Par exemple, dans le cadre d'une transaction comprenant la vente de 1 000 actions d'une société, le vendeur se voit offrir des actions de l'acquéreur ayant une valeur de 25 000 \$ et de l'argent pour 15 000 \$. Le PBR des actions du vendeur est de 10 000 \$. Les scénarios suivants sont possibles :

- 1) l'offre d'achat est structurée pour permettre à l'acquéreur d'utiliser les dispositions de l'article 85.1 L.I.R. Dans cette situation, le vendeur réalisera un gain en capital de 11 250 \$, soit la portion des actions qui a été échangée pour une contrepartie autre qu'en actions. Le coût des actions acquises sera de 6 250 \$, soit le coût de la fraction des actions ayant été échangées pour des actions nouvellement émises du trésor de l'acquéreur;
- 2) l'offre d'achat est structurée pour permettre au vendeur d'utiliser les dispositions de l'article 85.1 L.I.R., mais celui-ci effectue le choix de déclencher un gain en capital dans sa déclaration de revenus;
- 3) la transaction n'est pas structurée pour permettre au vendeur d'utiliser les dispositions de l'article 85.1 L.I.R. Un gain en capital de 30 000 \$ est réalisé par le vendeur;

- 4) la transaction est structurée pour permettre l'utilisation des dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R. et un choix est effectué conformément à ce paragraphe⁴⁵. La somme convenue indiquée est de 15 000 \$. Dans cette situation, un gain en capital de 5 000 \$ est réalisé par le vendeur et le coût des actions acquises pour ce dernier est nul.

Comme le démontre le dernier scénario, lorsque la contrepartie autre qu'en actions est relativement importante et qu'il existe un gain latent important sur les actions, le vendeur préférera effectuer un choix au paragraphe 85(1) L.I.R., lui permettant de récupérer, lors de la transaction, l'ensemble du coût fiscal des actions échangées plutôt qu'une partie seulement, comme c'est le cas lors de l'application de l'article 85.1 L.I.R.

2.3. CAPITAL VERSÉ DES ACTIONS ÉMISES PAR L'ACQUÉREUR

En vertu du paragraphe 85.1(2.1) L.I.R., le capital versé des actions émises par l'acquéreur ne pourra excéder le capital versé des actions acquises.

En effet, si le capital versé légal des actions émises excède celui des actions acquises, une réduction est prévue à l'alinéa 85.1(2.1)a) L.I.R. Si plusieurs catégories ont été émises, la réduction s'effectuera proportionnellement au capital versé de chaque catégorie émise.

2.4. COÛT DES ACTIONS POUR L'ACQUÉREUR

Les conséquences fiscales pour la société acheteuse peuvent varier considérablement selon que la disposition législative 85 ou 85.1 L.I.R. est utilisée.

En effet, tel qu'il a été discuté précédemment, lors d'une transaction visée par l'article 85 L.I.R., le coût d'acquisition sera égal à la somme convenue entre les parties. Généralement, le vendeur désirant bénéficier d'un roulement fiscal afin de reporter le gain latent sur les actions disposées voudra désigner comme somme convenue le coût fiscal de ses actions cédées. Le coût des actions acquises sera ainsi égal à la somme convenue.

Lorsque la transaction est visée par l'application de l'article 85.1 L.I.R., le coût d'acquisition des actions pour la société acheteuse sera égal au moindre de la JVM des actions acquises et du capital versé de ces dernières,

⁴⁵ Dans la mesure où les conditions sont remplies.

qui ont été mesurées immédiatement avant l'échange⁴⁶. Donc, si le capital versé des actions acquises est inférieur au PBR de ces dernières pour le cédant, la société acheteuse préférerait effectuer un choix à l'article 85 L.I.R. pour obtenir un coût égal au PBR des actions cédées (qui serait probablement la somme convenue) plutôt que le capital versé de ces actions. Dans le cas contraire, si le capital versé des actions cédées excède le PBR des actions par le vendeur, la société acheteuse préférera structurer la transaction conformément aux dispositions de l'article 85.1 L.I.R.⁴⁷

Dans le cas où le vendeur désire matérialiser le gain sur les actions disposées, les parties auraient vraiment intérêt à produire un choix à l'article 85 L.I.R. et à désigner une somme convenue élevée afin de permettre à la société acheteuse de bénéficier d'un coût fiscal élevé au lieu d'hériter, comme coût fiscal du moindre du capital versé, des actions cédées et de la JVM de ces dernières actions.

Le praticien doit se rappeler que l'article 85.1 L.I.R. est d'application automatique si toutes les conditions sont remplies et que la société acheteuse pourrait connaître des résultats inattendus si elle pensait bénéficier d'un coût fiscal élevé pour les actions ainsi acquises.

Évidemment, le fait de structurer la transaction pour bénéficier de l'article 85 L.I.R. entraîne des formalités administratives plus lourdes que s'il s'agissait de l'article 85.1 L.I.R., surtout lorsque la société acquise comporte un grand nombre d'actionnaires. Toutefois, ces lourdeurs administratives supplémentaires pourraient, dans certains cas, bénéficier aux vendeurs et à la société acheteuse.

2.5. INTERACTION DE L'ARTICLE 85.1 ET DU PARAGRAPHE 40(3.5) L.I.R.

L'article 85.1 L.I.R. vise à permettre à un contribuable de reporter l'imposition d'un gain latent sur des actions lors d'une transaction admissible. Or, il peut arriver que l'actionnaire vendeur soit en présence d'une perte latente et non d'un gain latent.

L'article 85.1 L.I.R. prévoit expressément que le vendeur peut inclure dans le calcul de son revenu pour l'année de sa déclaration fiscale, toute

⁴⁶ Al. 85.1(1)b) L.I.R.

⁴⁷ Cette situation est généralement moins fréquente.

partie du gain ou de la perte provenant de la disposition des actions échangées. À première vue, il semble donc clair que le contribuable vendeur peut matérialiser sa perte latente lors d'une transaction admissible à l'article 85.1 L.I.R. sous réserve de certaines règles, dont les règles sur les pertes entre personnes affiliées.

Sans vouloir faire une étude exhaustive de ces règles⁴⁸, le paragraphe 40(3.5) L.I.R. comporte une irrégularité pouvant empêcher un contribuable de réaliser sa perte latente lors d'une transaction visée par l'article 85.1 L.I.R., et ce, même si la vente ne se fait pas en faveur d'une personne affiliée⁴⁹ à l'actionnaire vendeur.

En effet, en vertu de l'alinéa 40(3.5)b) L.I.R., il est prévu qu'une action acquise en échange d'une autre action dans le cadre d'une opération à laquelle s'appliquent les articles 51, 85.1, 86 ou 87 L.I.R. est réputée être un bien identique à l'autre action. Cette présomption a pour effet d'empêcher un contribuable de réclamer une perte lorsque la transaction est visée par l'article 85.1 L.I.R.

Le ministère des Finances est conscient de cette irrégularité depuis quelques années. Pour cette raison, une modification rétroactive aux dispositions d'actions effectuées après le 26 avril 1995 a été proposée le 20 décembre 2002⁵⁰. En effet, une action reçue lors d'une transaction visée aux dispositions de l'article 85.1 L.I.R. ne sera plus automatiquement réputée être un bien identique. En vertu des modifications proposées, l'action sera réputée être un bien identique si les conditions suivantes sont remplies :

- 1) l'article 85.1 L.I.R. s'applique à l'opération;
- 2) le paragraphe sur la restriction des pertes⁵¹ s'est appliqué à une disposition antérieure de l'autre action;

⁴⁸ Voir, notamment, le texte de Jean-François DROUIN, « Réalisation de pertes entre personnes affiliées : les nouvelles règles », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 4:1-65.

⁴⁹ Selon la définition prévue à l'article 251.1 L.I.R.

⁵⁰ Voir le paragraphe 15(4) des propositions législatives concernant l'impôt sur le revenu du 20 décembre 2002. La proposition a été reprise dans les propositions législatives du 27 février 2004.

⁵¹ Soit le paragraphe 40(3.4) L.I.R.

- 3) aucun des moments de cessation d'application de la restriction des pertes ne s'applique à l'égard de la disposition antérieure⁵².

Au moment de la préparation de ce texte, la mesure proposée n'avait toujours pas été adoptée. Pour cette raison, lors de transactions pouvant être visées par l'article 85.1 L.I.R. et en présence de perte latente importante, il pourrait être prudent de structurer la transaction pour éviter que l'article 85.1 L.I.R. s'applique à la transaction.

CONCLUSION

Les articles 51, 85, 85.1 et 86 L.I.R. sont fréquemment utilisés dans le cadre de réorganisations d'entreprises. Ces quatre dispositions peuvent permettre, dans certains cas, d'obtenir un roulement fiscal lors d'échanges d'actions.

Le praticien doit, en plus de structurer la transaction pour bénéficier du roulement fiscal si c'est l'intention des parties, être conscient des avantages et inconvénients de ces dispositions afin de conseiller convenablement son client. Par exemple, l'application des articles 85 ou 85.1 L.I.R. entraîne des conséquences fort différentes pour la société acheteuse lors d'une prise de contrôle d'une société.

Ce texte se voulait un rappel de certaines règles importantes ainsi qu'une analyse de certains sujets connexes au roulement dans un contexte de réorganisation. Nous espérons avoir atteint notre objectif.

⁵² Soit les moments visés aux sous-alinéas 40(3.4)b)(i) à (v) L.I.R.

LE CONTRÔLE DE FAIT – DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS



Louis Tassé

Avocat

Fasken Martineau DuMoulin s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION..... 20:3

1. JURISPRUDENCE..... 20:4

1.1. *SILICON GRAPHICS* 20:5

1.1.1. Faits..... 20:5

1.1.2. Décision de la Cour canadienne de l’impôt..... 20:6

1.1.3. Décision de la Cour d’appel fédérale..... 20:6

1.2. *LENESTER SALES (C.C.I.)* 20:9

1.2.1. Faits..... 20:9

1.2.2. Décision de la Cour canadienne de l’impôt..... 20:11

1.2.3. Décision de la Cour d’appel fédérale..... 20:13

1.3. *ROSARIO POIRIER* 20:13

1.3.1. Faits..... 20:13

1.3.2. Décision 20:14

1.4.	<i>LDG</i>	20:17
1.4.1.	Faits	20:17
1.4.2.	Décision	20:17
1.5.	<i>TRANSPORT COUTURE</i>	20:20
1.5.1.	Faits	20:20
1.5.2.	Décision de la Cour canadienne de l'impôt	20:21
1.5.3.	Décision de la Cour d'appel fédérale	20:23
1.6.	<i>MIMETIX</i>	20:25
1.6.1.	Faits	20:25
1.6.2.	Décision	20:26
2.	POSITIONS DES AUTORITÉS FISCALES	20:27
2.1.	BULLETIN IT-64R4	20:27
2.2.	LETTRES D'INTERPRÉTATION	20:29
2.2.1.	Lettre d'interprétation 2002-0149745	20:29
2.2.2.	Lettre d'interprétation 2001-0104745	20:30
	CONCLUSION	20:31

INTRODUCTION*

Depuis 1988, la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ réfère spécifiquement à la notion de contrôle de fait ou *de facto* (par. 256(5.1) L.I.R.) dans le cadre de l'application de certaines dispositions. Lors du congrès annuel de l'Association de planification fiscale et financière tenu en 1998, nous avons examiné cette notion de contrôle de fait dans le contexte de la mise en pratique des règles applicables aux sociétés associées². Le présent texte passe en revue les développements récents relativement à cette notion.

Depuis 1998, la Cour d'appel fédérale s'est prononcée à trois reprises sur l'application du paragraphe 256(5.1) L.I.R. Dans l'affaire *Silicon Graphics Ltd. c. La Reine*³, la Cour d'appel fédérale a examiné l'actionnariat d'une société dont la majorité des actionnaires était composée de non-résidents et, ce faisant, a jeté les bases des principes applicables en la matière. Dans l'affaire *La Reine c. Lenester Sales Ltd. and Sushi Sales Ltd.*⁴, le litige portait sur l'application du paragraphe 256(5.1) L.I.R. dans le contexte des pouvoirs découlant d'un contrat de franchise. Finalement, l'affaire *9044-2807 Québec inc. c. La Reine*⁵ portait sur une structure corporative familiale.

De plus, la Cour canadienne de l'impôt a également examiné à quelques reprises les dispositions du paragraphe 256(5.1) L.I.R. au cours des dernières

* L'auteur tient à remercier M^e Jean-François Perreault pour ses précieux commentaires lors de la rédaction du présent texte. Il est entendu que toute erreur ou omission demeure l'entière responsabilité de l'auteur.

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

² Louis TASSÉ, « Contrôle de fait et règles sur les sociétés associées », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 22:1-48. Voir également Roger TAYLOR et Paul A. LEFEBVRE, « "Contrôlée directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit", de Buckerfield's à Silicon Graphics Ltd. », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 28:1-28.

³ 2002 D.T.C. 7112 (C.A.F.) (ci-après « *Silicon Graphics* (C.A.F.) »).

⁴ 2004 D.T.C. 6461 (C.A.F.) (ci-après « *Lenester Sales* (C.A.F.) »), en appel de *Lenester Sales Ltd. and Sushi Sales Ltd. c. La Reine*, 2003 D.T.C. 997 (C.C.I.) (ci-après « *Lenester Sales* (C.C.I.) »).

⁵ 2004 D.T.C. 6141 (C.A.F.) (ci-après « *Transport Couture* (C.A.F.) »), en appel de *Transport M.L. Couture inc. et 9044-2807 Québec inc. c. La Reine*, 2003 D.T.C. 134 (C.C.I.) (ci-après « *Transport Couture* (C.C.I.) »).

années. Après avoir passé en revue ces décisions, tant en première instance que devant la Cour d'appel fédérale, nous examinerons les positions défendues par les autorités fiscales.

1. JURISPRUDENCE

Jusqu'au début des années 2000, la jurisprudence rendue relativement au paragraphe 256(5.1) L.I.R. était peu nombreuse. Cette dernière se limitait essentiellement aux trois décisions de la Cour canadienne de l'impôt rendues dans les affaires *Zinkhofer et autres c. MRN*⁶, *Société foncière d'Investissement inc. c. La Reine*⁷ et *Multiview Inc. c. La Reine*⁸.

L'affaire *Zinkhofer* traitait d'années d'imposition antérieures à l'adoption du paragraphe 256(5.1) L.I.R., de telle sorte que cette disposition a été mentionnée de façon périphérique pour circonscrire l'état du droit quant à la notion de contrôle avant son adoption.

L'affaire *SFI* visait une situation où M. Allain, qui contrôlait à 100 % trois sociétés, avait vendu 99,8 % des actions de l'une de ces trois sociétés (ci-après « SFI ») à ses deux enfants, tout en conservant les pleins pouvoirs quant à sa gestion. Il s'agissait d'une situation plutôt extrême et la Cour canadienne de l'impôt n'a eu aucune difficulté à conclure que M. Allain conservait le contrôle *de facto* de SFI et que celle-ci était donc associée avec les deux autres sociétés dont il avait le contrôle *de jure*.

Finalement, l'affaire *Multiview* visait une structure corporative où l'actionnariat était réparti entre des résidents et des non-résidents, directement mais également par l'entremise d'une société de gestion détenue par les deux actionnaires principaux. En appliquant les critères élaborés dans le *Bulletin d'interprétation* IT-64R3⁹, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que le non-résident, directement ou par l'entremise de la société de

⁶ 91 D.T.C. 643 (C.C.I.) (ci-après « *Zinkhofer* »). Pour une analyse de cette décision, voir notamment L. TASSÉ, *loc. cit.*, note 2, 15-17.

⁷ [1996] 3 C.T.C. 2537 (C.C.I.) (ci-après « *SFI* »). Pour une analyse de cette décision, voir notamment L. TASSÉ, *loc. cit.*, note 2, 37-40.

⁸ 97 D.T.C. 1489 (C.C.I.) (ci-après « *Multiview* »). Pour une analyse de cette décision, voir notamment L. TASSÉ, *loc. cit.*, note 2, 40-42.

⁹ Ce bulletin a été révisé depuis. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-64R4, « Sociétés : association et contrôle », 14 août 2001 (ci-après « Bulletin IT-64R4 »).

gestion, n'avait pas l'influence nécessaire pour lui conférer le contrôle *de facto* de la société visée.

1.1. SILICON GRAPHICS

L'affaire *Silicon Graphics Ltd. c. La Reine*¹⁰ portait sur le statut de la société Alias Research Inc. (ci-après « Alias ») en tant que société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») au sens du paragraphe 125(7) L.I.R. La décision en première instance est muette sur la question du contrôle *de facto* mais devant la Cour d'appel fédérale, elle fut examinée en détail.

1.1.1. Faits

Avant les années d'imposition en litige, Alias était une société privée dont la majorité des actions était détenue par des résidents canadiens. En 1990, Alias a procédé à un appel public à l'épargne par l'intermédiaire de la Bourse NASDAQ aux États-Unis, de telle sorte qu'au cours des années d'imposition en litige, les actions votantes étaient détenues à hauteur de 89 % et 74 % par des non-résidents.

Bien que la majorité des actions ait été détenue par des non-résidents, la preuve a établi qu'il n'y avait aucun lien entre les actionnaires non résidents et que le plus gros bloc d'actions détenues par un seul actionnaire non résident correspondait à 13 % des actions votantes.

Il est important de préciser que la majorité des membres du conseil d'administration et la totalité des membres de l'équipe de gestion étaient des résidents canadiens. De plus, l'établissement principal d'Alias était situé au Canada.

Finalement, la preuve a démontré que l'équipe de gestion présentait annuellement une liste de candidats pour l'élection du conseil d'administration et que cette liste était systématiquement approuvée par les actionnaires.

Au cours des années d'imposition en litige, une société publique dont les actions étaient échangées à la Bourse de New York (ci-après « Silicon US ») avait accepté d'avancer jusqu'à 5 M\$ US à Alias. Silicon US a été fondée par un administrateur d'Alias. Au cours des années d'imposition en litige, le

¹⁰ 2001 D.T.C. 379 (C.C.I.) (ci-après « *Silicon Graphics* (C.C.I.) »).

président, directeur de l'exploitation et chef de la direction d'Alias était un ancien officier « senior » de Silicon US. Cette dernière avait également contribué financièrement au développement de logiciels et au marketing pour le bénéfice d'Alias. Finalement, au cours des années d'imposition en litige, les logiciels utilisés par Alias fonctionnaient uniquement sur du matériel informatique fourni par Silicon US.

Sur la base que, mathématiquement, le contrôle de droit ou *de jure* d'Alias était détenu par des non-résidents, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a considéré que cette dernière n'était plus une SPCC. L'ARC a également conclu, sur la base des liens de celle-ci avec Silicon US, que le contrôle *de facto* d'Alias était détenu par des non-résidents.

1.1.2. Décision de la Cour canadienne de l'impôt

La position de l'ARC était basée tant sur l'existence d'un contrôle *de jure* que d'un contrôle *de facto* d'Alias par des non-résidents. Comme la Cour canadienne de l'impôt a jugé qu'il y avait un contrôle *de jure*, elle n'a pas jugé nécessaire d'examiner la question du contrôle *de facto*. Le juge Teskey a expliqué :

« Once the number of non-resident shareholders reaches 50 percent plus one, the control and right to elect the Board of Directors has passed to those non-resident shareholders and a common connection between those non-resident shareholders is not a requirement¹¹. »

La Cour canadienne de l'impôt a donc conclu que la question était purement mathématique, peu importe si aucun lien n'unissait les actionnaires non résidents. Sur cette base, le juge Teskey a conclu que Alias n'était pas une SPCC.

1.1.3. Décision de la Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel fédérale, dans un jugement unanime rendu sous la plume du juge Sexton, a rejeté la conclusion de la Cour canadienne de l'impôt quant à l'existence d'un contrôle *de jure*. Après avoir passé en revue les principes dégagés par les tribunaux sur la notion du contrôle *de jure*, le juge Sexton a conclu :

« Based on these cases, I agree with the appellant's submission that simple ownership of a mathematical majority of shares by a random aggregation of

¹¹ *Id.*, par. 14.

shareholders in a widely held corporation with some common identifying feature (e.g. place of residence) but without a common connection does not constitute *de jure* control as that term has been defined in the case law. I also agree with the appellant's submission that in order for more than one person to be in a position to exercise control, it is necessary that there be a sufficient common connection between the individual shareholders. The common connection might include, *inter alia*, a voting agreement, an agreement to act in concert, or business or family relationships.

In the present case, no evidence was adduced that would suggest the non-resident shareholders will vote as a block in the election of the directors of Alias or in other important matters relating to control of that company. The residence of shareholders alone provides no indication as to whether or not they are in agreement on the major issues relating to control of a company. The fact that there are in excess of 50% of the shareholders of Alias residing in the United States where there is no evidence that they have any common connection or indeed even know each other's identity provides no indication as to whether or not they could or would agree on any issue relating to control of the company¹². »

Le juge Sexton a également rejeté l'argument technique de l'ARC en vertu duquel la notion de contrôle était équivalente à la simple détention des actions ordinaires.

Le juge Sexton examine alors les facteurs qui doivent être considérés pour déterminer l'existence d'un contrôle *de facto* :

« The case law suggests that in determining whether *de facto* control exists it is necessary to examine external agreements (*Duha Printers, supra* at 285); shareholders resolutions (*Société Foncière d'Investissement Inc. v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 1568, para. 10 (T.C.C.)); and whether any party can change the board of directors or whether any shareholders' agreement gives any party the ability to influence the composition of the board of directors (*International Mercantile Factors Ltd. v. The Queen* (1990), 90 DTC 6390 at 6399 (F.C.T.D.), aff'd (1994), 94 DTC 6365 (F.C.A.); and *Multiview Inc. v. The Queen* (1997), 97 DTC 1489 at 1492-93 (T.C.C.)).

It is therefore my view that in order for there to be a finding of *de facto* control, a person or a group of persons must have the clear right and ability to effect a significant change in the board of directors or the powers of the board of directors or to influence in a very direct way the shareholders who would otherwise have the ability to elect the board of directors. » (Notre soulignement)

La Cour d'appel fédérale a donc confirmé que le contrôle *de facto* exige une situation extrême, comme c'était le cas dans l'affaire *SFI*. Cette

¹² *Silicon Graphics* (C.A.F.), précité, note 3, par. 36-37.

conclusion nous apparaît conforme à l'objet et à l'esprit du paragraphe 256(5.1) L.I.R., alors que ce dernier ne devrait viser que les cas clairs et évidents.

Sur la base de ces principes, le juge Sexton a conclu que Alias n'était pas contrôlée par des non-résidents. Il constata d'abord que le financement de 5 M\$ US était intérimaire et fut entièrement remboursé dans l'année où il fut octroyé. Il précisa ensuite que Silicon US n'avait jamais utilisé sa situation de créancier pour exiger la présence d'un représentant au sein du conseil d'administration d'Alias. Quant à la présence d'un fondateur de Silicon US à un poste important d'Alias, le juge Sexton a conclu que ce facteur était neutre dans la mesure où ce dernier n'avait pas été imposé par Silicon US. Finalement, les contributions financières de Silicon US pour le développement informatique et le marketing, ainsi que l'utilisation de matériel informatique fourni par Silicon US furent jugées nettement insuffisantes pour conclure à l'existence d'un contrôle *de facto*.

Le juge Sexton conclut finalement :

« In any event, it would appear that *de facto* control always remained in Canada by reason of the following findings of fact made at Trial:

(e) The majority of the Board of Directors and the entire management team were residents of Canada;

(f) Alias's principal place of business was in Toronto, Ontario;

(g) The Toronto management team annually prepared a slate of people to be elected to the Board of Directors, which slate was always accepted by the shareholders¹³. »

Sur cette base, la Cour d'appel fédérale a conclu que Alias était une SPCC.

Cette décision est très importante puisqu'elle établit plusieurs principes :

- a) le contrôle *de facto* ne sera établi que si une personne ou un groupe de personnes détient le droit incontestable et la capacité :
 - i) de modifier de façon significative la composition du conseil d'administration ou ses pouvoirs,

¹³ *Id.*, par. 72.

- ii) d'influencer de façon très directe les actionnaires qui détiennent le pouvoir d'élire les administrateurs;
- b) l'octroi d'un financement par une personne ou des relations commerciales particulières avec celle-ci n'entraînera pas de contrôle *de facto* d'une société si cette personne ne tente pas de contrôler la société ou d'imposer un représentant comme gestionnaire ou administrateur.

En qualifiant ainsi l'influence requise pour conclure qu'un contrôle *de facto* existe, la Cour d'appel fédérale confirme le caractère exceptionnel de l'application de la notion de contrôle *de facto*. En ce sens, nous persistons à croire que les situations invoquées par l'ARC pour conclure à l'existence d'un contrôle *de facto* sont, prises individuellement, trop marginales¹⁴. Comme nous l'avons soutenu précédemment, ce n'est que dans des situations où plusieurs facteurs clairs seront cumulés qu'un contrôle *de facto* sera susceptible d'être présent.

1.2. LENESTER SALES

L'affaire *Lenester Sales* (C.C.I.) est la première décision rapportée qui traite de la notion de contrôle *de facto* dans le contexte d'un contrat de franchise. Nous pouvons supposer que cette première fut relativement tardive en raison de l'existence d'une exception prévue spécifiquement au paragraphe 256(5.1) L.I.R. pour les contrats de franchise :

« [...] Toutefois, si cette influence découle d'un contrat de concession, d'une licence, d'un bail, d'un contrat de commercialisation, d'approvisionnement ou de gestion ou d'une convention semblable – la société et l'entité dominante n'ayant entre elles aucun lien de dépendance – dont l'objet principal consiste à déterminer les liens qui unissent la société et l'entité dominante en ce qui concerne la façon de mener une entreprise exploitée par la société, celle-ci n'est pas considérée comme contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, par l'entité dominante du seul fait qu'une telle convention existe. »

1.2.1. Faits

La contribuable (ci-après « Lenester Inc. ») exploitait un magasin Giant Tiger en vertu d'un contrat de franchise octroyé par Giant Tiger Stores Ltd. (ci-après « GTS »). Au cours de l'année d'imposition en litige, M. Russell

¹⁴ Voir notamment AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 9.

Bennett Kerr détenait 501 actions votantes de Lenester Inc. alors que GTS en détenait 499.

Par ailleurs, une autre société du nom de Sushi Sales Ltd. (ci-après « SSL ») exploitait un autre magasin Giant Tiger, également en vertu d'un contrat de franchise octroyé par GTS. M. Havelock Bingley, par l'entremise d'une société de gestion lui appartenant ainsi qu'à son épouse, détenait 501 actions votantes de SSL alors que GTS en détenait 499.

L'ARC, sur la base de l'actionnariat de Lenester Inc. et de SSL, ainsi que sur la base des pouvoirs conférés à GTS en vertu des contrats de franchise, a conclu que GTS était associée à chacune de Lenester Inc. et de SSL, de telle sorte que ces dernières étaient des sociétés associées aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

La conclusion des contrats de franchise supposait la signature d'une convention entre actionnaires et d'une entente quant aux opérations bancaires qui prévoyaient notamment :

- a) que la société opérante devait avoir deux administrateurs, l'un nommé par GTS, l'autre nommé par M. Kerr ou M. Bingley, le cas échéant;
- b) une clause de coercition (clause *shotgun*);
- c) une série de contraintes visant l'exploitation du magasin, typiques d'un contrat de franchise;
- d) que GTS, en tant que propriétaire ou locataire, louait (ou sous-louait) les locaux nécessaires à l'exploitation du magasin à Lenester Inc. et à SSL (ci-après « Sociétés opérantes »);
- e) des arrangements bancaires en vertu desquels les encaissements des Sociétés opérantes étaient déposés dans un compte commun à tous les magasins Giant Tiger;
- f) que les achats d'inventaire étaient effectués et payés par GTS, qui revendait la marchandise au prix coûtant aux Sociétés opérantes.

Devant la Cour canadienne de l'impôt, l'ARC a soutenu que l'exception prévue au paragraphe 256(5.1) L.I.R. à l'égard des contrats de franchise n'était pas applicable en l'espèce puisque la convention d'actionnaires et l'entente sur les opérations bancaires étaient exorbitantes de cette exception.

L'ARC soutenait également que ces ententes conféraient à GTS le contrôle *de facto* des Sociétés opérantes.

1.2.2. Décision de la Cour canadienne de l'impôt

Le juge Bowman, tel qu'il était alors, a d'abord passé en revue les différents aspects des contrats de franchise. Il estima que ces contrats ne sortaient pas de l'ordinaire :

« There is nothing unusual about the franchise agreements. They certainly impose serious limitations on the way this business is conducted. This, however, is typical of all franchise agreements¹⁵. »

Sur cette base, le juge Bowman conclut :

« Do the controls exercised by GTS over the operations of the franchisees amount to *de facto* control as contemplated by subsection 256(5.1)? Certainly GTS did not have *de jure* control since it did not have over 50 percent of the votes and could not elect the board of directors.

I can see nothing in these arrangements, including the documents and the shareholders' agreements, the leases and the franchise agreements that could result in control in fact of either Lenester or Sushi. The banking, financial and accounting arrangements do not give control to GTS¹⁶. »

Le juge Bowman se réfère ensuite aux principes dégagés par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Silicon Graphics* (C.A.F.) à l'appui de sa conclusion. Il confirme de plus que l'exception prévue au paragraphe 256(5.1) L.I.R. pour les contrats de franchise devait, à tout événement, recevoir application en l'espèce :

« Even if I am wrong in this conclusion, I think the GTS arrangement is precisely the sort of thing that the franchise exception in the second part of subsection 256(5.1) is aimed at. Parliament obviously recognized that franchisors frequently exercise significant control over the way franchisees run their operations. To refuse to apply the exception in this case would be to write the exception substantially out of the Act. Counsel argues that the banking and financing arrangements as well as the shareholders' agreements are outside of the exception. I do not accept this. The financial arrangements are an essential part of the overall arrangements as are the shareholders' agreements. They are

¹⁵ *Lenester Sales* (C.C.I.), précité, note 4, par. 17. Voir également au paragraphe 26 : « This strikes me as a perfectly ordinary franchise operation, with the necessary and usual conditions and restrictions imposed by the franchisor, but not inordinately so. »

¹⁶ *Id.*, par. 30 et 31.

all part of the extremely broad range of contractual and financial arrangements between franchisors and franchisees contemplated by subsection 256(5.1). Why the CCRA wishes to whittle away at this extremely beneficial exception to the rule in subsection (5.1) for franchise agreements that form so important of the way business is done in Canada and that enable small entrepreneurs to compete with big and aggressive multinationals is, I must confess, utterly beyond me. Their purpose is to govern the relation between GTS and the franchisee as to the manner in which the business is to be conducted¹⁷. »

Finalement, le juge Bowman a conclu que GTS et les Sociétés opérantes avaient des intérêts distincts et qu'ils n'agissaient pas de concert. En conséquence, il n'y avait pas de lien de dépendance entre ceux-ci.

En rendant sa décision, le juge Bowman a souligné que l'interprétation retenue dans les affaires *SFI* et *Transport Couture* (C.C.I.) semblait plus large que celle de l'affaire *Silicon Graphics* (C.A.F.). Mais même en retenant une telle interprétation plus large, le juge Bowman demeurait d'avis que GTS ne détenait pas le contrôle *de facto* des Sociétés opérantes.

Ces commentaires du juge Bowman mettent en lumière une distinction importante sur le plan des approches retenues dans ces différentes affaires. Dans l'affaire *Silicon Graphics* (C.A.F.), la Cour d'appel fédérale a examiné des éléments visant l'entité corporative de la société, soit le pouvoir d'influencer la composition et l'élection du conseil d'administration. À l'inverse, dans les affaires *SFI* et *Transport Couture* (C.C.I.), l'accent a plutôt été mis sur les opérations des sociétés visées. Faut-il rappeler que le libellé du paragraphe 256(5.1) L.I.R. fait référence au contrôle de la société et non au contrôle des activités ou des affaires de la société?

À première vue, ces deux approches peuvent paraître inconciliables. Cependant, dans la mesure où l'influence de l'entité dominante dans les affaires *SFI* et *Transport Couture* (C.C.I.) était à ce point déterminante, la Cour canadienne de l'impôt aurait pu considérer que cette influence était suffisamment importante pour compromettre l'entité corporative des sociétés visées. Le parfait contrôle de l'entité dominante sur les opérations visées aurait alors permis de démontrer que celles-ci, en tant qu'entités corporatives, étaient sous le contrôle *de facto* d'une entité dominante.

Bien que depuis les commentaires du juge Bowman cette question n'ait pas été soulevée par les tribunaux, nous croyons qu'il s'agit d'une façon raisonnable de réconcilier ces deux approches en apparence distinctes.

¹⁷ *Id.*, par. 34.

1.2.3. Décision de la Cour d'appel fédérale

Devant la Cour d'appel fédérale, l'ARC a invoqué les mêmes arguments qu'en première instance. Le juge Evans, rendant les motifs unanimes de la Cour d'appel fédérale, a conclu que le juge Bowman n'avait commis aucune erreur et qu'il avait correctement appliqué les principes juridiques pertinents. En l'absence d'erreur manifeste quant à l'appréciation de la preuve, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'elle ne devait pas intervenir.

Le juge Evans a toutefois décliné de statuer sur l'application de l'exception prévue au paragraphe 256(5.1) L.I.R. pour les contrats comme le contrat de franchise, jugeant qu'il n'était pas nécessaire de le faire pour clore la question, laissant ainsi comme seul précédent la décision du juge Bowman. Malgré tout, il est clair que cette décision de la Cour d'appel fédérale vient renforcer notre prétention que le contrôle *de facto* au sens du paragraphe 256(5.1) L.I.R. ne devrait viser que des cas extrêmes.

1.3. ROSARIO POIRIER

Cette décision de la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Rosario Poirier inc. c. La Reine*¹⁸ portait sur le partage de la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE ») entre les sociétés Rosario Poirier inc. (ci-après « RPI ») et Trab inc. (ci-après « Trab »).

1.3.1. Faits

RPI est une société créée en 1973 par M. Rosario Poirier pour exploiter une scierie. À partir du 18 février 1994, M. Poirier détenait 80 % des actions ordinaires de RPI, le reliquat étant détenu par son fils Luc. M. Poirier a alors procédé à un gel successoral en convertissant la totalité de ses actions ordinaires en actions privilégiées.

Trab est une société acquise par Luc Poirier. Les seuls actifs de Trab étaient un camion de transport de billes de bois et un permis de transport de billes de bois. Subséquemment, Trab a acquis un camion de RPI pour la somme symbolique de un dollar. Malgré le transfert du camion à Trab, ce sont les employés de RPI qui ont continué à l'utiliser. Quant au camion détenu originalement par Trab, son premier chauffeur a été choisi par M. Rosario Poirier, bien qu'il ne soit ni actionnaire, ni officier, ni administrateur de Trab.

¹⁸ 2002 D.T.C. 1770 (C.C.I.) (ci-après « RPI »).

Au cours des années d'imposition en litige, les revenus de Trab provenaient pratiquement en totalité du transport fait pour des clients qui avaient pris contact directement avec M. Rosario Poirier. De fait, Luc Poirier avait confirmé à la vérificatrice que la gestion de Trab incombait principalement à son père. Trab utilisait les services administratifs et le personnel de RPI, les mêmes locaux et le même téléphone, Trab n'étant pas elle-même inscrite dans l'annuaire téléphonique. Finalement, la preuve a démontré que RPI avait avancé des sommes sans intérêt lorsque Trab manquait de liquidités.

1.3.2. Décision

Le juge Archambault constate d'abord que selon le libellé du paragraphe 256(5.1) L.I.R., « une société sera contrôlée directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, lorsqu'une entité dominante (ici RPI) a une influence directe ou indirecte dont l'exercice entraînerait le contrôle *de facto* de la société dominée (en l'occurrence Trab) »¹⁹. Il explique :

« À mon avis, une situation existe ici dans les faits. Les indices révélant une pareille influence sur Trab sont les suivants. Tout d'abord, une résolution du conseil d'administration de Trab autorise depuis le 6 mai 1992 monsieur Rosario Poirier à signer tous les documents jugés nécessaires et également à prendre toutes les décisions se rapportant à Trab. Or, monsieur Rosario Poirier a le contrôle de droit de RPI et, grâce à cette résolution, RPI peut, par l'intermédiaire de monsieur Rosario Poirier, exercer des droits de gestion à l'égard de Trab²⁰. »

Une telle situation n'est pas sans rappeler les pouvoirs extraordinaires qui avaient été conférés à M. Allain dans l'affaire *SFI*. Le juge Archambault poursuit son analyse :

« En outre – et c'est là l'élément primordial – Trab se trouve dans une grande mesure dans une dépendance économique par rapport à RPI. Cette dépendance existe du fait que RPI est le seul client de Trab. D'ailleurs, les états financiers le confirment : "*La société réalise tous ses revenus de transport de bois auprès d'une société affiliée*". Il y a dépendance même lorsque le bénéficiaire du transport n'est pas RPI, comme dans le cas des transports effectués au bénéfice de EBL et JGT. Si RPI décidait de mettre fin au contrat de transport, Trab pourrait difficilement continuer l'exploitation de son entreprise, faute de clients. Il lui faudrait alors en trouver rapidement d'autres, ce qui n'est pas nécessairement évident dans la région de St-Alphonse. De ce fait, RPI est en

¹⁹ *Id.*, par. 23.

²⁰ *Id.*, par. 24.

mesure d'exercer une influence telle qu'elle peut contrôler Trab dans les faits²¹. »

Le juge Archambault constate donc l'extrême dépendance économique de Trab vis-à-vis de RPI. Encore une fois, cette situation est toutefois extrême et il nous apparaît qu'en soi, la dépendance économique ne sera pas un facteur suffisant pour conclure à l'existence d'un contrôle *de facto*. À titre d'exemple, plusieurs sociétés n'ont qu'un seul client important. Nous pouvons penser à un fabricant de pièces automobiles qui vend la totalité de sa production à un manufacturier comme Ford Canada ou General Motors. Dans une telle situation, il serait inique de considérer que le fabricant est contrôlé par son unique client.

Finalement, le juge Archambault examine la question de l'intégration des activités de Trab à celles de RPI :

« Tous les employés nécessaires à l'exploitation de l'entreprise de Trab sont des employés de RPI. Le coût des services fournis par ces employés est remboursé par la suite par Trab. Trab n'a aucun lieu d'affaires distinct de celui de RPI. Un autre indice est le degré d'implication de monsieur Rosario Poirier dans la gestion de Trab. Notamment, c'est ce dernier qui a négocié les contrats de transport avec JGT et EBL; c'est lui qui a pris les démarches pour obtenir le paiement des sommes auxquelles Trab avait droit. Finalement, il faut ajouter le fait que Luc Poirier, le seul actionnaire de Trab, est un employé de RPI et tire tous ses revenus d'emploi de RPI. Trab ne lui verse aucun revenu d'emploi. Non seulement Luc Poirier est-il employé à temps plein de RPI mais ses activités sont très peu reliées à celles de Trab. Ce sont d'autres employés de RPI qui s'occupent davantage de l'exploitation de Trab. Finalement, Luc Poirier est le fils de monsieur Rosario Poirier, qui a le contrôle de droit de RPI. Voilà autant de faits qui font mieux comprendre l'existence d'une dépendance économique de Trab par rapport à RPI.

Dans les circonstances, il m'apparaît clair que RPI constitue une entité dominante qui a une influence dont l'exercice non seulement entraînerait le contrôle de fait mais ici, a effectivement permis à RPI d'avoir le contrôle de fait de Trab²². »

Le juge Archambault a donc retenu l'existence d'un droit absolu de gestion, l'entière dépendance économique et l'intégration complète des activités de RPI avec Trab pour conclure que cette dernière détenait le contrôle *de facto* de RPI. Pour chacun de ces critères, la preuve a démontré que RPI détenait une influence décisive sur Trab qui pouvait laisser croire

²¹ *Id.*, par. 25.

²² *Id.*, par. 26-27.

que l'existence corporative distincte de cette dernière constituait somme toute un exercice de camouflage. En effet, le rôle de M. Luc Poirier, seul actionnaire de Trab, semblait se limiter à de la figuration. En ce sens, nous pouvons nous interroger si l'ARC ne devait pas invoquer le paragraphe 256(2.1) L.I.R. plutôt que le paragraphe 256(5.1) L.I.R. pour soutenir sa position.

Il est important de souligner que cette décision de la Cour canadienne de l'impôt est antérieure à l'affaire *Silicon Graphics* (C.A.F.). Nous croyons également important de mentionner que cette décision découlait d'un ensemble de considérations et il n'est pas clair que si l'une seule d'entre elles avait été présente, à un même degré ou à un degré moindre, la conclusion du juge Archambault aurait été la même.

Finalement, le juge Archambault a considéré un dernier argument du contribuable, quant à une éventuelle cohabitation impossible du contrôle *de jure* et du contrôle *de facto* détenus par des personnes distinctes :

« À mon avis, l'alinéa 256(1)a) est clair et précis et ne laisse planer aucun doute quant à sa portée. Dès qu'une société contrôle une autre directement ou indirectement de quelque manière que ce soit, ces deux sociétés sont associées l'une à l'autre. Le fait qu'un autre contribuable a le contrôle de droit de Trab, n'a aucune pertinence ici puisque RPI en a le contrôle de fait suivant l'alinéa 256(1)a) de la Loi²³. »

Cette conclusion n'est guère surprenante compte tenu du libellé des dispositions pertinentes. Cependant, force est de constater qu'il est étonnant qu'aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une même société puisse être, en même temps au cours de la même année d'imposition, contrôlée par deux personnes distinctes ou deux groupes distincts de personnes. Mais tel est pourtant le résultat qui découle des dispositions législatives applicables²⁴.

²³ *Id.*, par. 29.

²⁴ Voir également les dispositions du paragraphe 256(6.1) L.I.R., qui ont été adoptées pour contrer le résultat de l'arrêt *Partnenon Investments Ltd. c. La Reine*, 97 D.T.C. 5343 (C.A.F.) en introduisant la notion du contrôle simultané d'une société lorsqu'elle est détenue par l'intermédiaire de plusieurs paliers de sociétés.

1.4. LDG

L'affaire *L.D.G. 2000 inc. c. La Reine*²⁵ a été entendue par le juge Angers de la Cour canadienne de l'impôt. Elle portait sur le contrôle *de facto* d'une société qui avait d'importants liens juridiques et commerciaux avec un groupe de sociétés.

1.4.1. Faits

Au cours des années d'imposition en litige, les actions ordinaires de la société L.D.G. 2000 inc. (ci-après « LDG inc. ») étaient détenues à 50 % par Les Entreprises de Gestion D. Laberge inc. (ci-après « Gestion Laberge ») et à 25 % chacun pour MM. Stéphane Lamarche et André Cardinal. Gestion Laberge était actionnaire majoritaire de deux autres sociétés, Meubles Bermex inc. (ci-après « Bermex ») et 2747-3685 Québec inc. (ci-après « Chez Soi »). Gestion Laberge était détenue par trois sociétés de gestion appartenant respectivement à MM. Denys Laberge, Jacques Gagnon et Richard Darveau. Finalement, Bermex détenait la totalité des actions de SPEQ Régionale Maskinongé inc. et 80 % des actions de Bermex Construction inc. (ci-après « Bermex Construction »).

Toutes les sociétés impliquées, à l'exception de LDG inc., ont déposé auprès de l'ARC une entente concernant la répartition du plafond de la DPE de 200 000 \$, à l'époque, qui était attribué entièrement à Bermex.

LDG inc. fabriquait des meubles sans y appliquer de finition. La finition était réalisée par Chez Soi et Bermex. Ces deux sociétés étaient d'ailleurs les clients principaux de LDG inc., achetant entre 79 % et 95 % de sa production pendant les trois années d'imposition en litige.

Bermex assurait également la majeure partie du financement au cours des années d'imposition en litige.

1.4.2. Décision

Le juge Angers a d'abord sagement rappelé que puisqu'il « s'agit d'une question de fait, il faut analyser les faits avec prudence ». Après avoir passé en revue la preuve, le juge Angers a insisté sur les éléments suivants :

²⁵ 2003 D.T.C. 82 (C.C.I.) (ci-après « LDG »).

- a) le financement de LDG inc. était assuré par Bermex²⁶;
- b) Bermex apportait des ajustements à la facturation pour assurer à LDG inc. une marge bénéficiaire de 15 %, ce qu'elle ne faisait pas avec les autres sous-traitants²⁷;
- c) LDG inc. était dépendante de Bermex pour la vente de presque la totalité de ses produits²⁸;
- d) la gestion de LDG inc. était assurée par Bermex²⁹;
- e) Gestion Laberge, en vertu de la convention entre actionnaires qui lui assurait la présence de trois administrateurs sur cinq au conseil d'administration, détenait un droit de veto puisque les décisions étaient prises à la majorité simple³⁰;
- f) Bermex Construction avait réalisé d'importants travaux d'agrandissements pour le bénéfice de LDG inc., au prix coûtant³¹.

Sur cette base, il conclut :

« Ces arrangements financiers, contractuels et commerciaux ont pour effet, à mon avis, de rendre l'appelante économiquement dépendante de Bermex. Il me paraît également évident que le savoir-faire des administrateurs de Gestion et de Bermex et leur influence sont à la base du renouveau économique et de la rentabilité de l'appelante, ce qui rendait cette dernière soumise à leur contrôle³². »

Il est clair que l'appréciation de la preuve a été influencée par les doutes qui ont surgi quant à la date de la signature d'un addenda à la convention entre actionnaires. Alors que le litige portait sur les années d'imposition 1993, 1994 et 1995, cet addenda a été remis pour la première fois à l'ARC

²⁶ *Id.*, par. 51.

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*, par. 54.

³⁰ *Id.*, par. 55.

³¹ *Id.*, par. 57.

³² *Id.*, par. 52.

en 1998, alors que l'ARC traitait l'avis d'opposition déposé par la société visée. Le vérificateur, qui avait demandé d'obtenir toute la documentation pertinente, n'en avait jamais entendu parlé. Quant à l'agente d'appel, elle expliqua que M. Jacques Gagnon, propriétaire de l'une des sociétés actionnaires de Gestion, lui avait assuré qu'elle recevrait un document au début du mois de septembre 1998. Comme elle n'avait toujours rien reçu à la fin du mois de septembre, elle appela au bureau de ce dernier pour faire le suivi. Une secrétaire lui aurait alors répondu que le document était prêt mais qu'il n'avait pas encore été signé. Le lendemain, elle recevait un addenda à la convention entre actionnaires. À cet égard, le juge Angers précise :

« L'existence soudaine de l'addendum en 1998 et la question de la date de sa signature laisse planer un doute sérieux sur la crédibilité et le témoignage de Richard Darveau, Jacques Gagnon et Stéphane Lamarche. À mon avis, l'addendum n'a pas été signé à la date indiquée et les parties ont tenté de brouiller les faits entourant sa signature. La non-production de l'addendum avant septembre 1998, le commentaire de la secrétaire au bureau de monsieur Gagnon et l'expertise de Gerald Laporte³³ me convainquent que le document a été signé en *septembre 1998* dans le but de minimiser l'impact que la convention entre actionnaires pourrait avoir sur la détermination de l'existence d'un contrôle de droit³⁴. »

Puisque la détermination du contrôle de LDG inc. était principalement factuelle, il est évident que cette conclusion a eu un impact négatif sur l'issue du procès. Cependant, les conclusions de faits retenues par le juge Angers confirment que la situation était encore une fois extrême. Dans la mesure où LDG inc. était entièrement gérée, financée et dépendante de Gestion ou de Bermex, la situation s'apparentait aux affaires *SFI*, *RPI* et *Transport Couture*.

En terminant, nous devons commenter la référence à l'existence d'un droit de veto détenu par les administrateurs de Gestion. En effet, un droit de blocage ne constitue pas en soi un droit de contrôle. Mais compte tenu de l'ensemble des circonstances, l'existence de ce droit pouvait être considérée comme un élément supplémentaire d'influence, permettant de conclure à l'existence d'un contrôle *de facto* de la société. Mais hormis la présence de telles circonstances, nous sommes d'avis que l'existence d'un droit de veto est un élément neutre.

³³ L'ARC a fait entendre le témoignage d'un expert qui a affirmé que l'encre du stylo utilisé pour signer l'addenda à la convention entre actionnaires n'existait pas en 1995.

³⁴ *LDG*, précité, note 25, par. 56.

1.5. TRANSPORT COUTURE

Cette affaire a été entendue par le juge Archambault de la Cour canadienne de l'impôt, qui a ainsi eu l'occasion d'entendre une seconde affaire portant sur l'interprétation du paragraphe 256(5.1) L.I.R. Entre-temps, la Cour d'appel fédérale avait rendu ses motifs dans l'affaire *Silicon Graphics* (C.A.F.).

1.5.1. Faits

Dans cette affaire, l'ARC a considéré que la société Transport Couture et Fils inc. (ci-après « Transport Couture ») contrôlait les sociétés Transport M.L. Couture inc. (ci-après « ML1 ») et 9044-2807 Québec inc. (ci-après « ML2 »), de telle sorte que ces dernières ont perdu le bénéfice de la DPE.

Les actions de ML1 étaient détenues par M. Marie-Louis Couture. En 1995, alors que dernier était âgé de 78 ans, ML1 a acquis l'entreprise de transport en vrac de M. Couture qui consistait en trois camions et trois permis de camionnage en vrac. À la suite du transfert de l'entreprise à ML1, une entente a été signée entre celle-ci et Transport Couture en vertu de laquelle :

- a) Transport Couture fournirait des services de gestion à ML1 contre une rémunération de 10 % de tous les revenus d'opérations de ML1;
- b) ML1 s'engageait à effectuer du transport pour Transport Couture comme sous-traitant;
- c) Transport Couture fournissait les chauffeurs pour les camions appartenant à ML1 et s'occupait de leur formation;
- d) ML1 remboursait mensuellement la totalité du coût de la rémunération des services de transport, en plus d'une majoration de 1 %;
- e) Transport Couture s'engageait à fournir un minimum de 130 000 milles de transport par camion par période de 12 mois;
- f) les tracteurs en la possession de ML1 devaient être peints dans les couleurs de Transport Couture et porter son logo.

En décembre 1996, ML1 a vendu la majeure partie de ses actifs à un tiers et à ML2. Mme Fleurette Hamel Couture, l'épouse de M. Marie-Louis Couture, détenait 90 % des actions de ML2, le reliquat appartenant à

M. Claude Rodrigue, contrôleur de Transport Couture. Bien qu'aucun contrat n'ait été signé entre Transport Couture et ML2, les relations entre ces deux sociétés respectaient le contrat liant ML1 à Transport Couture.

La preuve a également révélé que l'implication de M. Marie-Louis Couture dans ML1 était très limitée. Lors du transfert de son entreprise à ML1, M. Couture avait 78 ans et subissait les effets de la maladie d'Alzheimer.

Quant à Mme Hamel Couture, son implication se limitait à rencontrer mensuellement M. Rodrigue, qui l'informait des affaires de ML2.

1.5.2. Décision de la Cour canadienne de l'impôt

Avant d'examiner la preuve soumise lors de l'audition, le juge Archambault a souligné que « l'énoncé que l'on trouve au paragraphe 23 du *Bulletin d'interprétation* IT-64R4 m'apparaît comme un exposé raisonnable de facteurs pertinents pour la détermination de l'existence d'une influence dont l'exercice pourrait entraîner un contrôle de fait d'une société »³⁵. Il ajoute que selon lui, la situation factuelle était comparable à celle de l'affaire *RPI*. Sur cette base, il conclut à l'existence d'un contrôle *de facto* pour trois raisons : 1) la dépendance économique vis-à-vis de Transport Couture; 2) le contrôle opérationnel des entreprises de ML1 et de ML2 par Transport Couture; et 3) le lien familial entre les actionnaires des sociétés impliquées³⁶.

Le juge Archambault explique ensuite les facteurs qui lui permettent de conclure à l'existence d'une dépendance économique de ML1 et de ML2 envers Transport Couture :

« Non seulement Transport Couture était-elle le seul client de ML1 et de ML2, mais en plus, elle était seule à assurer la gestion de ces dernières sociétés. Non seulement leur fournissait-elle tous les services de gestion, mais elle fournissait en plus les services de tous les conducteurs nécessaires pour les camions de transport appartenant à ces deux sociétés. Non seulement ML1 et ML2 n'avaient elles-mêmes aucun employé, mais elles n'avaient aucun établissement distinct de celui de Transport Couture³⁷. »

³⁵ *Transport Couture* (C.C.I.), précité, note 5, par. 32.

³⁶ *Id.*, par. 33.

³⁷ *Id.*, par. 38.

Le juge Archambault appuie également sa conclusion quant à la dépendance économique en raison de la disparition de l'entreprise de M. Marie-Louis Couture à la suite de son transfert à ML1 et du chiffre d'affaires de ML1 qui était réalisé entièrement par la sous-traitance effectuée pour Transport Couture. Le juge Archambault nota également que si Transport Couture avait décidé de ne pas renouveler le contrat de sous-traitance, il était vraisemblable de croire que ML1 (qui détenait 14 camions) puis ML2 (qui en détenait 9) n'auraient pas été en mesure de poursuivre leurs activités.

Selon le juge Archambault, ces éléments démontraient également un contrôle opérationnel de la part de Transport Couture à l'égard de ML1 et de ML2. De plus, la preuve avait démontré que les opérations de ML1 et de ML2 étaient contrôlées par Transport Couture.

Finalement, le juge Archambault examine les liens familiaux :

« Comme autre indice de l'existence de l'influence dominante de Transport Couture, il y a les relations familiales entre les actionnaires de cette société et ceux de ML1 et ML2. Les cinq actionnaires de la première étaient les fils de monsieur Marie-Louis Couture, l'unique actionnaire de ML1, et de madame Fleurette Hamel Couture, l'actionnaire à 90 p. 100 de ML2. La preuve ne révèle que l'âge de monsieur Couture, qui avait entre 78 et 81 ans durant la période pertinente. Étant donné le peu d'implication de madame Hamel Couture dans l'administration de ML2 et l'absence d'implication de monsieur Couture dans ML1, il est raisonnable de croire que monsieur et madame Couture comptaient sur leurs enfants pour s'occuper adéquatement de leurs placements dans ces deux sociétés. Compte tenu de leur situation de personne à la retraite et de l'état de santé de monsieur Couture, il est raisonnable de conclure qu'ils étaient sous l'influence de leurs cinq fils, qui détenaient ensemble toutes les actions de Transport Couture par l'intermédiaire d'une société de gestion³⁸. »

Il est important de préciser que l'état de santé de M. Marie-Louis Couture ne lui a pas permis de témoigner lors de l'audition. De même, son épouse, Mme Fleurette Hamel Couture, n'a pas témoigné. Le juge Archambault devait donc tirer quelques inférences de l'ensemble de la preuve, comme celles précitées à l'égard des liens familiaux.

Il est également important de préciser que les liens familiaux ont été examinés dans un contexte où les actionnaires principaux de ML1 et de ML2 étaient à la retraite et à ce titre, peu ou pas impliqués dans la gestion des entreprises. Cela ne signifie pas pour autant qu'il y ait contrôle *de facto* dès

³⁸ *Id.*, par. 34.

que les membres d'une même famille contrôlent des compagnies qui ont des relations d'affaires. Il est tout à fait possible d'imaginer de telles relations d'affaires qui seraient conclues d'égal à égal, sans que l'influence de l'un ne porte ombrage à l'autre.

Encore une fois, cette décision découlait d'un ensemble de circonstances, difficilement dissociables, comme c'était le cas dans les affaires *RPI* et *SFI*. En soi, la présence de liens familiaux ne démontre pas de façon concluante l'existence d'une influence dont l'exercice pourrait mener à un contrôle *de facto*. Il en est de même pour l'existence d'un client ou d'un fournisseur unique, ou d'un important bailleur de fonds.

Un argument subsidiaire a été invoqué à l'encontre des avis de cotisation en litige. Dans la mesure où il existait un contrôle *de jure* à l'égard des sociétés visées, il ne saurait être question de contrôle *de facto*. Le juge Archambault a rejeté cet argument sur la base de la conclusion qu'il avait élaborée dans l'affaire *RPI*.

Tel qu'il a été mentionné précédemment, le juge Archambault, dans cette affaire, a insisté sur le contrôle opérationnel de ML1 et de ML2, plutôt que sur le contrôle de l'entité corporative comme l'avait fait la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Silicon Graphics*.

1.5.3. Décision de la Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel fédérale a d'abord rappelé les principes applicables :

« Il n'est pas possible d'énumérer tous les facteurs qui peuvent être utiles afin de déterminer si une société est ou non assujettie à un contrôle de fait (*Duha Printers*, [1998] 1 RCS 795, paragraphe [38]). Cependant, quels que soient les facteurs retenus, ils doivent démontrer qu'une personne ou un groupe de personnes possède la capacité manifeste de modifier le Conseil d'administration de la société visée ou d'influencer de façon très directe les actionnaires qui auraient autrement la capacité de choisir le Conseil d'administration (*Silicon Graphics*, [2002] C.A.F. 260, paragraphe [67]). En d'autres mots, la preuve doit démontrer que le pouvoir décisionnel de la société visée réside dans les faits ailleurs qu'entre les mains de ceux qui possèdent le contrôle *de jure*³⁹. » (Notre soulignement)

³⁹ *Transport Couture* (C.A.F.), précité, note 5, par. 24.

Après avoir confirmé l'application des principes dégagés dans l'affaire *Silicon Graphics* (C.A.F.), la Cour d'appel fédérale a ensuite examiné les aspects importants de la preuve :

« En ce qui a trait au contrôle opérationnel, la preuve a révélé que ce sont les frères Couture et Claude Rodrigue, cadre de Transport Couture, qui prenaient toutes les décisions importantes et qui négociaient les achats de camions, les emprunts et le financement. L'implication de Marie-Louis Couture était nulle et celle de son épouse se limitait à une session d'information une fois par mois⁴⁰. »

La Cour d'appel fédérale conclut alors :

« En fin d'analyse, la preuve révèle que Marie-Louis Couture et son épouse, animés par le lien de confiance qu'ils avaient avec leurs cinq fils, s'en sont remis à Transport Couture et lui ont relégué tous les pouvoirs décisionnels qu'ils détenaient en tant qu'actionnaires de ML1 et ML2.

C'est donc à bon droit selon moi que le premier juge a conclu que Transport était en mesure d'exercer un contrôle de fait sur ML1 et ML2 pendant la période pertinente et que ML1, ML2, Transport Couture et 1864 Québec inc. étaient par conséquent des sociétés associées au sens du paragraphe 256(1)⁴¹. »

Cette décision de la Cour d'appel fédérale confirme l'application des principes dégagés dans l'affaire *Silicon Graphics*. En l'espèce, la preuve permettait d'établir que les sociétés ML1 et ML2 étaient entièrement dépendantes de Transport Couture pour la gestion, les opérations et le financement. Sur cette base et en ajoutant les problèmes de santé de M. Marie-Louis Couture, actionnaire unique de ML1, il est possible de considérer que Transport Couture contrôlait les activités de ML1 et ML2 à un point tel qu'elle contrôlait ces dernières en tant qu'entités corporatives. Il est remarquable de constater que la Cour d'appel fédérale se réfère spécifiquement aux pouvoirs décisionnels en tant qu'actionnaires qu'exerçait Transport Couture, ce qui est conséquent avec le contrôle des sociétés en tant qu'entités corporatives, par opposition au contrôle des activités quotidiennes.

Encore une fois, compte tenu du caractère extrême des circonstances en l'espèce, il est étonnant que les dispositions du paragraphe 256(2.1) L.I.R. n'aient pas été invoquées par l'ARC pour soutenir sa position.

⁴⁰ *Id.*, par. 28.

⁴¹ *Id.*, par. 31 et 32.

1.6. MIMETIX

L'affaire *Mimetix Pharmaceuticals Inc. c. La Reine*⁴² portait sur les crédits d'impôt à l'investissement et à la recherche et au développement (ci-après « R & D ») accordés aux SPCC.

1.6.1. Faits

Mimetix Pharmaceuticals Inc. (ci-après « Mimetix Canada ») était une société incorporée en 1994 pour la réalisation de travaux de R & D. Les actions de Mimetix Canada étaient détenues dans une proportion de 50 % par Mimetix Inc. (ci-après « Mimetix US »), une société américaine, par M. Robert Tedford (25 %) et M. James Wooder (25 %). MM. Tedford et Wooder étaient, en tout temps pertinent, des résidents canadiens.

Les travaux de R & D de Mimetix Canada portaient sur un produit pharmaceutique connu sous l'acronyme DIAC. Le brevet à l'égard du DIAC a été enregistré par le docteur Ghent, un résident canadien. À la suite du décès de ce dernier, sa succession a octroyé en 1993 une licence exclusive à l'égard du brevet à Mimetix US en contrepartie de 100 000 \$ US.

En 1995, Mimetix US a octroyé une sous-licence à Mimetix Canada, sans contrepartie, pour le droit non exclusif de procéder à des travaux de R & D à l'égard du DIAC et de procéder à la fabrication du produit en vue de le vendre au Canada. Mimetix Canada pouvait recourir à des sous-traitants pour la réalisation de ces travaux, un tel choix étant soumis à l'approbation préalable de Mimetix US.

Les administrateurs et les officiers de Mimetix Canada ont changé à de nombreuses reprises mais à partir du 1^{er} janvier 1996, les administrateurs étaient MM. Donald Eaton, James Wooder et Ewart Budgell. Quant aux officiers, ils étaient MM. Donald Eaton, James Wooder et Robert Tedford. Malgré la présence des deux autres administrateurs sur le conseil d'administration, M. Eaton, un résident américain, avait unilatéralement accordé à M. Sam Teichman, un autre résident américain qui était engagé comme président et chef de la direction de Mimetix US, le statut de signataire autorisé pour Mimetix Canada.

⁴² 2001 D.T.C. 1026 (C.C.I.) (ci-après « *Mimetix* »).

1.6.2. Décision

Après avoir examiné la preuve, la juge Lamarre de la Cour canadienne de l'impôt explique :

« In my view, the evidence discloses that not only did Mr. Eaton and Dr. Teichman control the day-to-day operations of the appellant from San Francisco but also controlled its fortune by making all the decisions⁴³. »

La juge Lamarre poursuit :

« Dr. Teichman was authorized by Mr. Eaton to sign all agreements, invoices and cheques with respect to the appellant's business operations. All work contracted out to third parties was authorized and approved not by the board of directors but by Mr. Eaton and Dr. Teichman. What all this shows is that Mimetix in fact had control over the appellant. Indeed, the non resident corporation Mimetix was, through Dr. Teichman and Mr. Eaton, both non-residents of Canada, the controlling mind of the appellant. Furthermore, no evidence was brought forward as to the role played by Mr. Tedford, one Canadian officer of the appellant. The only thing we know is that Patheon, for which Mr. Tedford was working, invested in Mimetix in 1994, not in the appellant. I will not therefore give any weight to the appellant's counsel's submissions that Mr. Tedford had influence over the appellant in 1996. At least, the documentary evidence does not reveal that to have been the case⁴⁴. »

L'affaire *Mimetix* illustre bien la distinction à faire entre une structure corporative existant sur papier et la structure réelle. Si au niveau corporatif l'actionnariat de Mimetix Canada était neutre comme dans l'affaire *Multiview* et que ses administrateurs étaient majoritairement canadiens, dans les faits, Mimetix Canada était contrôlée par deux non-résidents. Il faut également constater que la structure corporative quelque peu alambiquée de Mimetix US et de Mimetix Canada, de pair avec les relations contractuelles unissant ces dernières, laissaient planer des doutes sérieux sur le siège réel du contrôle de Mimetix Canada.

Comme le souligne la juge Lamarre, la preuve laissait voir clairement que la réelle instance décisionnelle se situait au niveau des deux Américains, même si l'un d'eux, M. Teichamn, n'était pas actionnaire de Mimetix Canada. En ce sens, nous pouvons supposer que la juge Lamarre a conclu que le rôle des administrateurs canadiens, MM. Wooder et Budgell, relevait plutôt de l'opération de camouflage.

⁴³ *Id.*, par. 43.

⁴⁴ *Id.*, par. 46.

Finalement, nous notons que la juge Lamarre distingue le contrôle des opérations quotidiennes du contrôle de la destinée de la société. Ce faisant, elle semble considérer que dans les deux cas, il s'agissait d'un indice que Mimetix Canada était contrôlée par des non-résidents.

2. POSITIONS DES AUTORITÉS FISCALES

Au cours des dernières années, l'ARC a confirmé à quelques reprises sa position quant à l'application du paragraphe 256(5.1) L.I.R.

2.1. BULLETIN IT-64R4

Ce bulletin a fait l'objet d'une mise à jour de la part de l'ARC le 14 août 2001. À cette date, la décision *Silicon Graphics* (C.C.I.), qui était favorable à l'ARC, avait été rendue mais ce n'est que l'année suivante que la décision de la Cour d'appel fédérale renversant celle-ci fut rendue. Les décisions *RPI*, *LDG* et *Lenester Sales* (C.A.F.) furent également rendues après cette mise à jour du bulletin. Comme la Cour d'appel fédérale a pris une approche plus restrictive à l'application du paragraphe 256(5.1) L.I.R. que celle que préconisait l'ARC, il serait souhaitable qu'une nouvelle mise à jour soit apportée au Bulletin IT-64R4.

Tel qu'il a été mentionné précédemment, le paragraphe 23 du Bulletin IT-64R4 a été approuvé par le juge Archambault dans l'affaire *Transport Couture* (C.C.I.), qui a affirmé qu'il s'agissait d'un « exposé raisonnable de facteurs pertinents pour la détermination de l'existence d'une influence dont l'exercice pourrait entraîner un contrôle de fait d'une société »⁴⁵. Ce paragraphe est le suivant :

« Ce sont les faits se rapportant à chaque situation qui permettent de déterminer si une personne ou un groupe de personnes a le contrôle de fait d'une société, même si, juridiquement, ces personnes ne contrôlent pas plus de 50% des actions de la société avec droit de vote. Voici certains facteurs généraux qui permettent de déterminer s'il y a contrôle de fait :

- a) Le pourcentage de propriétés des actions avec droit de vote (lorsqu'il n'est pas supérieur à 50%) par rapport aux actions que les autres actionnaires détiennent;
- b) La propriété d'une importante dette d'une société qui peut devenir payable sur demande (à moins d'être assujettie à une exemption en vertu du

⁴⁵ *Transport Couture* (C.C.I.), précité, note 5, par. 32.

paragraphe 256(3) ou (6)) ou d'un placement important dans des actions privilégiées rachetables au gré du détenteur;

- c) Les conventions entre actionnaires prévoyant une voix prépondérante;
- d) Les relations commerciales ou contractuelles de la société, par exemple, la dépendance économique à l'endroit d'un fournisseur ou d'un client unique;
- e) La possession de connaissances tout à fait particulières qui sont requises pour l'exploitation de l'entreprise;
- f) L'influence d'un membre d'une famille, qui est un actionnaire, un créancier, un fournisseur, etc., d'une société peut avoir sur un autre membre de la famille qui est actionnaire de la société.

Bien que le degré d'influence évoqué en f) soit toujours une question de fait, les liens familiaux étroits (entre parents et enfants ou entre conjoints) sont plus susceptibles de donner lieu à des influences importantes. En règle générale, ces personnes doivent faire la preuve de leur indépendance et autonomie économiques pour pouvoir échapper aux présomptions de fait qui s'appliquent aux personnes liées. Toutefois, en ce qui concerne les frères et les sœurs, ils ne sont généralement pas considérés comme exerçant une influence les uns sur les autres, à moins que les faits n'indiquent le contraire.

En plus des facteurs généraux mentionnés ci-dessus, il faut tenir compte de la composition du conseil d'administration et du contrôle de la gestion quotidienne et du fonctionnement de l'entreprise. »

Les facteurs énumérés au paragraphe 23 sont exactement les mêmes qui ceux qui figuraient au paragraphe 19 du Bulletin IT-64R3. Toutefois, l'ARC a ajouté deux phrases « pour élargir la discussion portant sur les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a contrôle de fait »⁴⁶. Le premier ajout vise les frères et sœurs alors que le second traite du conseil d'administration et du contrôle de la gestion quotidienne et du fonctionnement de l'entreprise. Ce deuxième ajout rejoint en partie les conclusions de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Silicon Graphics* (C.A.F.), qui étaient basées sur la résidence de la majorité des administrateurs et dirigeants de la société, son établissement principal et l'acceptation systématique des candidats au conseil d'administration par les actionnaires de la société. En effet, l'ARC se réfère de même à la composition du conseil d'administration.

⁴⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 9, explications des modifications, p. 12.

Quant au contrôle de la gestion quotidienne et du fonctionnement de l'entreprise, un parallèle pourrait être établi avec les affaires *SFI*, *Transport Couture* et *RPI*. Mais comme nous l'avons mentionné précédemment, ces affaires comportaient des situations factuelles somme toute extrêmes qui pourront difficilement être importées à d'autres situations plus usuelles. De plus, il n'est pas clair que la gestion quotidienne, hormis la présence de circonstances particulières comme dans ces trois affaires, est compatible avec la notion de contrôle d'une société en tant qu'entité corporative, compte tenu du libellé du paragraphe 256(5.1) L.I.R.

Pour notre part, nous persistons à considérer que ces facteurs pris isolément pourront difficilement permettre de conclure à l'existence d'un contrôle *de facto* d'une société. Cependant, dans des situations où plusieurs de ces facteurs seront présents, comme dans les affaires *SFI*, *Transport Couture* et *RPI*, une telle conclusion pourra s'imposer.

Il est à noter qu'outre les commentaires favorables du juge Archambault quant à l'énoncé des critères pertinents contenus au paragraphe 23 du Bulletin IT-64R4, ce dernier a également été cité par le juge Angers dans l'affaire *LDG* et par le juge Brûlé dans l'affaire *Multiview*.

2.2. LETTRES D'INTERPRÉTATION

L'ARC a émis quelques lettres d'interprétation au cours des dernières années à l'égard du paragraphe 256(5.1) L.I.R.

2.2.1. Lettre d'interprétation 2002-0149745⁴⁷

Lors du Congrès 2002 de l'Association canadienne d'études fiscales, l'ARC a commenté la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Silicon Graphics* (C.A.F.). L'ARC a d'abord confirmé qu'elle acceptait le principe que des actionnaires non résidents devaient avoir un lien en commun pour qu'ils soient considérés comme détenant le contrôle *de jure* d'une société.

L'ARC a également mentionné qu'elle n'avait pas l'intention de réviser le paragraphe 21 du Bulletin IT-64R4, qui se lit comme suit :

⁴⁷ *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 2001-0149745, 6 novembre 2002.

« Le contrôle de fait va au-delà du contrôle de droit et comporte la capacité de contrôler "de fait" en exerçant une influence directe ou indirecte. On peut détenir le contrôle de fait sans même posséder d'actions. Le contrôle de fait peut se traduire, par exemple, par le pouvoir que possède une personne de changer le conseil d'administration ou de revenir sur les décisions de celui-ci, de prendre d'autres décisions concernant les actions de la société à court, moyen ou à long terme, de mettre fin directement ou indirectement à la société ou à son entreprise ou de s'en approprier les bénéfices ou les biens. Même si elle n'est pas exercée effectivement, l'existence d'une telle influence serait suffisante pour conférer le contrôle de fait. »

Bien que la portée de ce paragraphe soit nettement plus large que l'interprétation retenue par la Cour d'appel fédérale dans *Silicon Graphics* (C.A.F.), l'ARC a expliqué que les décisions de la Cour canadienne de l'impôt dans les affaires *Mimetix* et *RPI* supportaient une interprétation plus large. Comme à cette époque ces décisions étaient devant la Cour d'appel fédérale, l'ARC croyait préférable de retarder toute révision du Bulletin IT-64R4. Au moment de la rédaction du présent texte, l'ARC n'avait pas émis de commentaire additionnel quant à une éventuelle révision du Bulletin IT-64R4.

2.2.2. Lettre d'interprétation 2001-0104745⁴⁸

Cette lettre d'interprétation portait sur différents scénarios impliquant une fiducie et les membres d'une même famille. Encore une fois, l'ARC a réitéré sa position que des liens familiaux étroits pouvaient être un indice d'une influence suffisante pour entraîner l'existence d'un contrôle *de facto*, au sens du paragraphe 256(5.1) L.I.R.

Si une telle position est conséquente avec le Bulletin IT-64R4 et peut trouver un appui dans les décisions *Transport Couture* (C.A.F.) et *RPI*, il est important d'insister sur les principes dégagés par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Silicon Graphics* (C.A.F.) avant d'élargir la portée de l'existence de liens familiaux étroits sur un éventuel contrôle *de facto*.

De plus, il faut préciser que dans les affaires *Transport Couture* (C.A.F.) et *RPI*, les liens familiaux ne constituaient qu'un indice parmi plusieurs autres, certes plus importants, comme le droit absolu de gestion de la société visée par la société dominante ainsi que l'intégration et la dépendance économique complètes.

⁴⁸ *Id.*, interprétation technique 2001-0104745, 23 octobre 2001.

CONCLUSION

Les récentes décisions de la Cour d'appel fédérale ont permis de clarifier l'application du paragraphe 256(5.1) L.I.R. De façon évidente, il est important de retenir les principes dégagés dans l'affaire *Silicon Graphics* (C.A.F.) qui confirment que le contrôle *de facto* ne sera démontré que dans les cas où il sera clairement établi qu'une personne ou un groupe de personnes possède la capacité manifeste d'influencer de façon très directe les actionnaires qui auraient autrement le pouvoir de choisir les membres du conseil d'administration.

Si les affaires *Transport Couture* (C.C.I.) et *RPI* ont été rendues sur la base de l'influence de l'entité dominante sur les opérations des sociétés visées, par opposition à l'influence sur le contrôle de l'entité corporative, nous pouvons croire que cette influence était telle que le contrôle de l'entité corporative en était en fin de compte compromis.

Lors de la rédaction du présent texte, il nous est apparu que les décisions concluant à l'existence d'un contrôle *de facto* visaient des situations qui remplissaient clairement ce critère. Pour respecter l'objet et l'esprit visés par l'adoption du paragraphe 256(5.1) L.I.R., il est à souhaiter que ce courant ne soit pas que passager.

**PERSONNES AFFILIÉES À UNE FIDUCIE – INCIDENCES
PRATIQUES**



Hugo Patenaude
Notaire, M. Fisc., TEP
Fasken Martineau DuMoulin s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 21:3

1. SITUATION ANTÉRIEURE AU BUDGET 21:4

2. MESURES PROPOSÉES 21:5

2.1. L'IDENTITÉ DU FIDUCIAIRE..... 21:6

2.2. L'IDENTITÉ DES BÉNÉFICIAIRES..... 21:7

2.2.1. Bénéficiaire détenant une participation majoritaire..... 21:8

2.2.2. Personne affiliée à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire..... 21:10

2.3. SOCIÉTÉ AFFILIÉE À UNE FIDUCIE 21:11

2.4. FIDUCIES AFFILIÉES 21:12

2.4.1. Cotisants affiliés..... 21:13

2.4.2. Situations visées..... 21:17

3.	INCIDENCES PRATIQUES	21:22
3.1.	TRANSFERT À UNE FIDUCIE.....	21:22
3.2.	ACQUISITION D'UN BIEN IDENTIQUE.....	21:23
3.3.	PLANIFICATION SUCCESSORALE	21:24
	CONCLUSION	21:28

INTRODUCTION

L'expression « personne affiliée » est utilisée à plusieurs reprises dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹. Cette expression est utilisée principalement dans le libellé de dispositions visant à restreindre la déductibilité d'une perte ou le transfert d'un bien en franchise d'impôt. Bien que cette expression soit définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*², son application aux fiducies³ était jusqu'à tout récemment ambiguë. Les variations au cours des dernières années quant à l'interprétation de ces règles illustrent bien cette ambiguïté et l'incertitude qui existait quant à leur application. Quelle était la règle pour déterminer les personnes affiliées à une fiducie? Dans cette détermination, devons-nous considérer l'identité du fiduciaire, du bénéficiaire et du constituant? Bien que certains auteurs aient apporté des pistes de solution, une incertitude subsistait toujours concernant les fiducies, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoyant aucune disposition spécifique à leur égard⁴.

Le 23 mars 2004, le ministre des Finances du Canada annonçait de nouvelles dispositions législatives ayant pour objectif de préciser l'application de l'article 251.1 L.I.R. à une fiducie⁵. Le ministre des Finances du Canada avait alors déclaré que ces nouvelles dispositions étaient devenues nécessaires afin de corriger certains résultats non désirés découlant de l'application de l'article 251.1 L.I.R. à une fiducie⁶. Les nouvelles règles annoncées étaient applicables à compter de la date du budget. Par la suite, le 16 septembre 2004, le ministère des Finances du Canada rendait public le libellé des propositions législatives annoncées dans le budget⁷. Le présent texte ne constitue pas une analyse détaillée de l'article 251.1 L.I.R. mais

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

² Art. 251.1 L.I.R.

³ Aux fins du présent texte, nos commentaires relatifs à une fiducie s'appliquent généralement *mutatis mutandis* à une succession, et vice-versa.

⁴ Pour une analyse de l'évolution de l'application des règles relatives aux personnes affiliées à une fiducie, voir Hugo PATENAUDE, « Impact d'une fiducie dans les relations entre contribuables », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 41:1-46.

⁵ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2004*, 23 mars 2004 (ci-après « budget de 2004 »).

⁶ *Id.*, p. 373.

⁷ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives, avant-projets de règlement et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, 16 septembre 2004.

plutôt une analyse des propositions législatives rendues publiques le 16 septembre 2004 relatives à l'application de cet article à une fiducie. Après un bref survol de l'interprétation donnée à l'article 251.1 L.I.R. antérieurement à l'énoncé budgétaire, nous analyserons les dispositions pertinentes des propositions législatives. Finalement, nous nous concentrerons sur certaines conséquences pratiques liées à l'introduction de ces nouvelles dispositions.

1. SITUATION ANTÉRIEURE AU BUDGET⁸

Antérieurement au budget, aucune disposition spécifique n'existait quant à l'application du concept de personnes affiliées à une fiducie. En effet, aucune disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne mentionnait de façon spécifique qui était une personne affiliée à l'égard d'une fiducie. Au début de l'année 2000, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») publiait une série d'interprétations techniques modifiant ainsi radicalement sa position historique quant à l'application du concept de personne affiliée à une fiducie⁹. Cette position historique reposait sur le principe de la dualité des rôles de la personne agissant à titre de fiduciaire.

La nouvelle position de l'ARC reposait sur l'application simultanée de deux dispositions législatives propres aux régimes d'imposition des fiducies. Selon la première, la mention d'une fiducie vaut également la mention du fiduciaire¹⁰. Selon la deuxième, une fiducie est réputée être un particulier relativement à ses biens¹¹. Selon l'interprétation de ces deux dispositions, la fiducie était d'une part considérée être comme un particulier à l'égard de ses biens et, d'autre part, le fiduciaire de la fiducie était réputé détenir et contrôler, de façon concomitante avec la fiducie, les biens de celle-ci aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, donc aux fins notamment de l'application du concept de personne affiliée. Ainsi, le concept de personne affiliée devait être appliqué à deux niveaux : d'une part, au niveau de la fiducie, comme si cette dernière était un particulier distinct à

⁸ Dans cette section, nous résumerons l'application et l'interprétation des règles en vigueur antérieurement au budget. Pour une analyse plus détaillée de l'application de l'article 251.1 L.I.R. aux fiducies antérieurement au budget, voir H. PATENAUDE, *loc. cit.*, note 4, 41:3-7; 31-40.

⁹ *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétations techniques 1999-0015705, 2 mars 2000; 1999-0010825, 22 février 2000 et 1999-0010805, 21 février 2000.

¹⁰ Par. 104(1) L.I.R.

¹¹ Par. 104(2) L.I.R.

l'égard de ses biens et, d'autre part, au niveau du fiduciaire, comme s'il était propriétaire des biens de la fiducie.

En conséquence, lorsqu'une fiducie détenait des actions d'une société, le contrôle de la société devait être analysé sous deux angles. Le premier consistait à considérer la fiducie comme une personne distincte de ses fiduciaires et de ses bénéficiaires, le second à faire abstraction de la fiducie et à considérer que les actions détenues par celle-ci étaient détenues directement et collectivement par ses fiduciaires ayant la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie¹². Pour l'application du concept de personne affiliée, les actions détenues par la fiducie l'étaient donc de façon simultanée par la fiducie et ses fiduciaires. Une fiducie était considérée être comme une personne affiliée à l'égard des sociétés contrôlées directement ou indirectement par celle-ci ou par son fiduciaire.

L'identité des bénéficiaires de la fiducie avait donc généralement peu d'incidences dans la détermination des personnes affiliées à la fiducie dont ils étaient bénéficiaires¹³. En effet, il était généralement reconnu qu'une personne n'était pas affiliée à une fiducie du seul fait qu'elle en était l'une des bénéficiaires.

2. MESURES PROPOSÉES

Les mesures annoncées dans le budget sont venues modifier considérablement l'application de la notion de personne affiliée relativement à une fiducie. L'objectif des nouvelles mesures était de corriger des résultats non désirés par le ministre des Finances, lié à l'application du concept de personne affiliée à une fiducie. Premièrement, selon les règles en vigueur antérieurement au budget, la constatation d'une perte réalisée lors de la disposition d'un bien par une fiducie administrée par une société de fiducie commerciale était, dans certains cas, reportée à un moment ultérieur ou transférée à un autre contribuable. Par exemple, un tel report de perte se produisait lorsque la fiducie disposait d'une action d'une société donnée et qu'une autre fiducie acquérait une action identique de la même société dans les 30 jours qui précédaient ou suivaient la disposition par la première fiducie. Dans un tel cas, puisque les deux fiducies étaient administrées par le même fiduciaire, elles étaient affiliées l'une à l'autre. Étant des personnes affiliées, la disposition par la première fiducie suivie de l'acquisition d'un

¹² *Tax Window Files*, op. cit., note 9, interprétation technique 1999-0015705, 2 mars 2000.

¹³ Sous réserve de l'application du paragraphe 104(2) L.I.R.

bien identique par la seconde fiducie a entraîné l'application de la règle sur les pertes apparentes¹⁴. L'utilisation d'une fiducie pour contourner l'application des règles sur les pertes apparentes constituait une autre situation jugée inadmissible par le ministre des Finances. Lorsqu'un contribuable voulait réaliser une perte latente sur un bien sans disposer de son intérêt économique dans celui-ci, il n'avait qu'à transférer le bien à une fiducie dont il était l'un des bénéficiaires alors que cette fiducie était administrée par au moins un fiduciaire avec qui ce contribuable n'était pas affilié. La présence d'une personne non affiliée à titre de fiduciaire était suffisante pour éviter que le contribuable soit affilié à la fiducie.

Les nouvelles règles énoncées dans les propositions législatives rendues publiques le 16 septembre 2004 à l'égard des fiducies se rapprochent de celles applicables aux sociétés de personnes¹⁵. Ces nouvelles dispositions viennent élargir les règles d'interprétation actuellement en vigueur. En effet, le ministre des Finances a précisé que ces règles complètent les règles applicables aux fiducies, et ce, sans les remplacer¹⁶. En somme, les principes énoncés antérieurement au budget quant à l'application des règles sur les personnes affiliées demeurent pertinents, à moins d'une disposition à l'effet contraire des propositions législatives. C'est le cas, par exemple, du principe suivant lequel une fiducie est réputée être un particulier à l'égard de ses biens qui demeure applicable. En raison de cette règle, une fiducie pourra être affiliée à une personne autrement que par l'application des nouvelles règles proposées¹⁷.

2.1. L'IDENTITÉ DU FIDUCIAIRE

La première modification d'importance vise la présomption énoncée au paragraphe 104(1) L.I.R. Dorénavant, et ce, pour l'application des règles sur les personnes affiliées, la présomption voulant que la mention de fiducie vaille mention de son fiduciaire ou d'un autre représentant légal ayant la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie ne s'appliquera plus¹⁸. Ainsi, contrairement à l'interprétation en vigueur antérieurement au budget,

¹⁴ Art. 54 « perte apparente » et s.-al. 40(2)g)(i) L.I.R.

¹⁵ Al. 251.1(1)d) à f) L.I.R.

¹⁶ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 7, p. 143.

¹⁷ À titre d'exemple, une société contrôlée par une fiducie est affiliée à cette dernière par l'application du sous-alinéa 251.1(1)b)(ii) L.I.R. et non par l'application des alinéas 251.1(1)g) et h) L.I.R.

¹⁸ S.-al. 251.1(3)c)(iii) L.I.R.

l'identité du fiduciaire ou de toute autre personne ayant la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie ne devra plus être prise en compte dans la détermination des personnes affiliées à une fiducie.

L'introduction de cette disposition modifie donc radicalement l'application de la notion de personnes affiliées, qui autrefois était principalement fondée sur l'identité du ou des fiduciaires de la fiducie. En conséquence, les conclusions de plusieurs interprétations techniques émises avant le 23 mars 2004 risquent de ne plus être pertinentes quant à l'interprétation des dispositions de l'article 251.1 L.I.R. à l'égard d'une fiducie. À titre d'exemple, un fiduciaire unique n'est plus une personne affiliée relativement à la fiducie qu'il administre. De plus, deux fiducies administrées par le même fiduciaire ne seront plus affiliées entre elles. À défaut de l'application de la règle énoncée au paragraphe 104(1) L.I.R., l'identité du fiduciaire n'aura plus d'incidence sur la détermination des personnes affiliées à la fiducie qu'il administre.

Puisque les résultats indésirables identifiés par le ministre des Finances découlaient tous de l'application de cette présomption, cette nouvelle disposition vient donc régler la problématique identifiée par le Ministre. Le problème du refus ou du report dans la reconnaissance d'une perte réalisée par une fiducie à la suite de la disposition d'un bien lorsqu'il y a eu acquisition d'un bien identique par le fiduciaire, une personne affiliée à celui-ci ou encore par une fiducie administrée par l'un d'eux est donc réglé par ces nouvelles mesures¹⁹.

2.2. L'IDENTITÉ DES BÉNÉFICIAIRES

Alors que l'ancienne règle n'accordait aucune importance à l'identité des bénéficiaires, les nouvelles mesures reposent essentiellement sur l'identité de ceux-ci. Aux termes des nouvelles règles, l'identité des bénéficiaires a remplacé celle des fiduciaires dans la détermination des personnes affiliées à une fiducie. En effet, une personne se qualifiant à titre de bénéficiaire détenant une participation majoritaire d'une fiducie ou une personne affiliée à celle-ci sera dorénavant affiliée à une fiducie²⁰.

¹⁹ La règle sur les pertes apparentes ne trouve pas application du seul fait que le fiduciaire ou une personne affiliée à celui-ci acquiert le bien ou un bien identique au cours de la période de 30 jours qui précède ou suit la disposition du bien par la fiducie.

²⁰ Al. 251.1(1g) L.I.R.

Qui sont les personnes détenant une participation majoritaire dans une fiducie? La *Loi de l'impôt sur le revenu* définit cette expression comme suit :

« En ce qui concerne une fiducie à un moment donné, personne à l'égard de laquelle l'un des faits suivants se vérifie à ce moment :

a) la juste valeur marchande totale de sa participation, le cas échéant, à titre de bénéficiaire du revenu de la fiducie et des participations à titre de bénéficiaire du revenu de la fiducie des personnes auxquelles elle est affiliée excède 50 % de la juste valeur marchande de l'ensemble des participations à titre de bénéficiaire du revenu de la fiducie;

b) la juste valeur marchande totale de sa participation, le cas échéant, à titre de bénéficiaire du capital de la fiducie et des participations à titre de bénéficiaire du capital de la fiducie des personnes auxquelles elle est affiliée excède 50 % de la juste valeur marchande de l'ensemble des participations à titre de bénéficiaire du capital de la fiducie²¹. »

2.2.1. Bénéficiaire détenant une participation majoritaire

En d'autres mots, une personne est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire à l'égard d'une fiducie, à un moment donné, si la valeur de ses droits au revenu ou au capital de la fiducie excède, selon le cas, 50 % de la valeur de l'ensemble des droits au revenu ou au capital de la fiducie. Cette détermination doit se faire à chaque moment où l'on désire déterminer si une personne est une personne affiliée à une fiducie. Lors de la détermination de la valeur de la participation d'une personne à titre de bénéficiaire du revenu ou du capital d'une fiducie donnée, selon le cas, il faut tenir compte également de la valeur de la participation au revenu ou au capital, selon le cas, de toute personne affiliée à une telle personne. Il n'est pas nécessaire de détenir une participation à titre de bénéficiaire pour se qualifier à titre de bénéficiaire détenant une participation majoritaire. En effet, une personne ne détenant aucun droit de bénéficiaire dans la fiducie peut être qualifiée de bénéficiaire détenant une participation majoritaire. L'utilisation de l'expression « le cas échéant » ou *if any* dans la version anglaise permet à une personne d'être un bénéficiaire détenant une participation majoritaire d'une fiducie dans laquelle il n'a aucune participation lorsqu'il est affilié à une ou à plusieurs personnes détenant une participation à titre de bénéficiaire du revenu ou du capital d'une fiducie dont la valeur totale excède 50 % de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de l'ensemble des participations au revenu ou au capital de la fiducie.

²¹ Par. 251.1(3) « bénéficiaire détenant une participation majoritaire » L.I.R.

Par contre, lorsqu'une fiducie n'a pas de participation à titre de bénéficiaire du revenu ou du capital d'une autre fiducie, elle ne pourra en être un bénéficiaire détenant une participation majoritaire²². En d'autres mots, une fiducie ne pourra être un bénéficiaire détenant une participation majoritaire d'une autre fiducie que si elle a une participation dans celle-ci et non par le simple fait que la valeur totale de la participation d'une ou de plusieurs personnes qui lui sont affiliées excède 50 % de la valeur totale des participations de la fiducie. Prenons l'exemple suivant. M. X est bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire; il en est de même de sa conjointe et de ses enfants. Sa conjointe est également la bénéficiaire unique d'une autre fiducie. Bien que la seconde fiducie soit affiliée à la conjointe, la valeur des participations au revenu ou au capital de M. X et de sa conjointe ne sera pas prise en compte pour déterminer si la deuxième fiducie est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire dans la première. En fait, puisque la deuxième fiducie n'a pas de participation au revenu ou au capital dans la première fiducie, elle ne sera pas, à l'égard de celle-ci, un bénéficiaire détenant une participation majoritaire.

Suivant la définition de « bénéficiaire détenant une participation majoritaire », nous devons uniquement tenir compte de la valeur de la participation d'une personne à titre de bénéficiaire. En conséquence, il est pertinent de se demander qui sont les bénéficiaires d'une fiducie. Le paragraphe 251.1(3) L.I.R. vient élargir la notion civile de bénéficiaire pour y inclure toute personne ayant un droit de bénéficiaire dans la fiducie²³. Aux fins de l'application des règles sur les personnes affiliées, le mot bénéficiaire semble donc avoir un sens très large. À titre d'exemple, une personne ayant un droit, immédiat ou futur, conditionnel ou non, ou sujet à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, à titre de bénéficiaire d'une fiducie, de recevoir tout ou partie du revenu ou du capital de celle-ci sera un bénéficiaire de la fiducie. Il en sera de même de chacun des associés d'une société de personnes ayant un tel droit de bénéficiaire dans la fiducie.

Une présomption particulière s'applique également lorsque le montant du revenu ou du capital qu'une personne peut recevoir de la fiducie est fonction de l'exercice ou non d'un pouvoir discrétionnaire. Dans un tel cas, le pouvoir sera réputé avoir été pleinement exercé ou ne pas avoir été exercé, selon le cas²⁴. L'identité de la personne pouvant exercer ce pouvoir n'a

²² S.-al. 251.1(4)c)(iv) L.I.R.

²³ L'expression « droit de bénéficiaire » est définie au paragraphe 248(25) L.I.R.

²⁴ S.-al. 251.1(4)c)(i) L.I.R.

aucune importance. En effet, le législateur utilise l'expression « par quiconque » et non « par le fiduciaire ». Il suffit seulement que le montant du revenu ou du capital auquel un bénéficiaire a droit puisse varier par l'exercice ou non d'un tel pouvoir discrétionnaire. La présomption d'exercice ou non de ce pouvoir discrétionnaire aura un effet direct sur la valeur des participations de chacun des bénéficiaires de la fiducie. Ainsi, dans le cas d'une fiducie totalement discrétionnaire, la valeur de la participation de chacun des bénéficiaires sera égale à la valeur de l'ensemble des participations au revenu ou au capital de la fiducie. Dans un tel cas, l'ensemble des bénéficiaires discrétionnaires sera affilié à la fiducie. Il en sera de même de toute personne affiliée à un tel bénéficiaire²⁵. Par conséquent, l'époux ou le conjoint de fait d'un bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire sera affilié à celle-ci, puisqu'il se qualifiera de bénéficiaire détenant une participation majoritaire. Il en sera de même des sociétés contrôlées²⁶ par un tel bénéficiaire, par son époux ou son conjoint de fait.

2.2.2. Personne affiliée à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire

De plus, une personne affiliée à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire dans une fiducie sera généralement affiliée à la fiducie, et ce, peu importe si elle est ou non un bénéficiaire de la fiducie²⁷. En principe, une personne peut donc être affiliée à une fiducie même si elle n'a aucun droit dans la fiducie. Le seul fait d'être affiliée à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire dans la fiducie est suffisant pour être affiliée à une fiducie. Par contre, aux fins de l'application de l'alinéa 251.1(1)g) L.I.R., une personne sera affiliée à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire que si elle est affiliée à ce dernier autrement que par l'application de cet alinéa. À titre d'exemple, prenons la situation où M. X est l'unique bénéficiaire de la fiducie A, alors que sa conjointe est l'unique bénéficiaire de la fiducie B. M. X et sa conjointe sont affiliés entre eux et avec leur fiducie respective. Par contre, les deux fiducies ne seront pas affiliées entre elles uniquement par l'effet de l'alinéa 251.1(1)g) L.I.R. car, bien que la fiducie B soit affiliée à M. X par l'effet du sous-alinéa 251.1(1)g)(i) L.I.R., ce sous-alinéa ne doit pas être considéré lorsqu'il s'agit

²⁵ S.-al. 251.1(1)g)(ii) L.I.R.

²⁶ Aux fins de l'application de l'article 251.1 L.I.R., le mot « contrôlé » signifie « contrôlé directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit ». Voir par. 251.1(3), 256(5.1) et 256(6.2) L.I.R.

²⁷ S.-al. 251.1(1)g)(ii) L.I.R.

de déterminer si une personne est affiliée à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire aux fins du sous-alinéa 251.1(1)g(ii) L.I.R. De plus, comme nous l'avons déjà mentionné, une fiducie ne peut être qualifiée de bénéficiaire détenant une participation majoritaire relativement à une autre fiducie (ci-après « fiducie donnée »), bien qu'elle soit affiliée au bénéficiaire unique de la fiducie donnée, lorsqu'elle ne détient aucune participation dans la fiducie donnée²⁸. Par contre, si une fiducie est affiliée à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire d'une autre fiducie, autrement que par l'effet de l'alinéa 251.1(1)g L.I.R., les deux fiducies pourront alors être affiliées l'une à l'autre malgré qu'aucune d'entre elles ne détienne une participation à titre de bénéficiaire du revenu ou du capital de l'autre. Ce sera le cas notamment d'une fiducie discrétionnaire (ci-après « fiducie A ») en faveur d'une personne, des membres de sa famille et d'une société contrôlée par une autre fiducie (ci-après « fiducie B ») dont il est l'unique bénéficiaire. Dans une telle situation, la société est affiliée à la fiducie B qui la contrôle. La société est également un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie A dont elle est l'un des bénéficiaires discrétionnaires et par conséquent affiliée à celle-ci. Finalement, les deux fiducies seront affiliées puisque la fiducie B est affiliée, autrement que par l'effet de l'alinéa 251.1(1)g L.I.R., à la société qui est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire à l'égard de la fiducie A.

2.3. SOCIÉTÉ AFFILIÉE À UNE FIDUCIE

Comme nous venons de le mentionner, une société est affiliée à une fiducie lorsqu'elle est, à l'égard de celle-ci, un bénéficiaire détenant une participation majoritaire. Une société est également affiliée à une fiducie si elle est affiliée à un tel bénéficiaire de celle-ci. Mais qu'en est-il des sociétés qui ne sont ni bénéficiaires de la fiducie ni affiliées à un tel bénéficiaire?

Il est important de rappeler qu'une fiducie est un particulier à l'égard de ses biens²⁹, cette présomption n'ayant pas été révoquée avec les nouvelles mesures annoncées. Cette présomption s'applique à toute la *Loi de l'impôt sur le revenu*, incluant les règles sur les personnes affiliées. Ainsi, lorsqu'une fiducie détient des actions du capital-actions d'une société, la fiducie est réputée être un particulier à l'égard des actions qu'elle détient. La fiducie est donc considérée être comme un particulier aux fins de l'application de l'article 251.1 L.I.R. Dès lors, le contrôle de la société devra être analysé de la même manière que si les actions étaient détenues par un particulier.

²⁸ S.-al. 251.1(14)c(iv) L.I.R.

²⁹ Par. 104(2) L.I.R.

L'alinéa 251.1(1)b) L.I.R. énumère les personnes qui sont affiliées à une société. En termes généraux, une société sera affiliée à une personne qui la contrôle, à chaque membre d'un groupe de personnes affiliées qui la contrôle, de même qu'à l'époux ou au conjoint de fait de ceux-ci. Aux fins de l'application des règles sur les personnes affiliées, le contrôle d'une société est déterminé tant en fonction du contrôle de droit (*de jure*) que du contrôle de fait (*de facto*)³⁰. Ainsi, une fiducie sera affiliée à une société si elle contrôle la société directement ou indirectement³¹. Il en est de même des sociétés contrôlées par un groupe de personnes affiliées dont la fiducie fait partie³². Deux sociétés contrôlées par la même fiducie seront également affiliées l'une à l'autre³³.

Puisque l'identité du fiduciaire ne doit plus être considérée lors de la détermination des personnes affiliées à une fiducie, les sociétés contrôlées personnellement par un fiduciaire ou son conjoint ne sont désormais plus affiliées à la fiducie.

2.4. FIDUCIES AFFILIÉES

Une autre modification importante découlant des nouvelles mesures proposées est sans contredit la disposition spécifique énonçant les situations où deux fiducies seront affiliées. Antérieurement aux mesures proposées, deux fiducies étaient affiliées entre elles si elles étaient administrées par le même fiduciaire ou si le fiduciaire de l'une des fiducies était affilié au fiduciaire de l'autre. Il en était de même lorsque les fiducies étaient administrées par un groupe de fiduciaires affiliés les uns aux autres.

³⁰ Par. 251.1(3) « contrôlé » et 256(5.1) L.I.R. Pour une analyse plus approfondie de la notion de contrôle, voir H. PATENAUDE, *loc. cit.*, note 4, 41:25-31; Louis TASSÉ, « Le contrôle de fait – développements récents », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 20:1-32; Louis TASSÉ, « Le contrôle de droit et le contrôle de fait », dans *Colloque – Contrôle d'une société*, 91, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 1:1-53 et Paul A. LEFEBVRE et Roger TAYLOR, « “ Contrôlée directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit ”, de Buckerfield's à Silicon Graphics Ltd. », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 28:1-28.

³¹ Par. 104(2) et s.-al. 251.1(1)b)(i) L.I.R.

³² Par. 104(2), s.-al. 251.1(1)b)(ii) et par. 251.1(3) « groupe de personnes affiliées » L.I.R.

³³ Par. 104(2) et s.-al. 251.1(1)c)(i) L.I.R.

Depuis le budget, une règle spécifique permet de déterminer si deux fiducies sont affiliées l'une à l'autre. Cette nouvelle règle est énoncée à l'alinéa 251.1(1)h) L.I.R. :

« [] deux fiducies, si un cotisant de l'une est affilié à un cotisant de l'autre et si, selon le cas :

(i) un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de l'une est affilié à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de l'autre,

(ii) un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de l'une est affilié à chaque membre d'un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire de l'autre,

(iii) chaque membre d'un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire de chacune des fiducies est affilié à au moins un membre d'un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire de l'autre. »

Ainsi, pour que deux fiducies soient affiliées par l'effet de cet alinéa, deux conditions doivent être réunies. Pour satisfaire à la première condition, le cotisant d'une fiducie doit être affilié à au moins un cotisant de l'autre fiducie. Afin de déterminer si deux cotisants sont affiliés l'un à l'autre, le législateur a élargi la notion de personnes affiliées. À cette fin, en plus des personnes généralement affiliées entre elles, les personnes unies par les liens du sang, du mariage, d'une union de fait ou de l'adoption seront réputées affiliées les unes aux autres³⁴. Cette notion élargie de personnes affiliées à un cotisant a été introduite par les propositions législatives du 16 septembre. Elle n'était pas incluse dans les dispositions initiales annoncées dans le budget. En élargissant ainsi les catégories de personnes affiliées au cotisant, le nombre de situations où deux fiducies seront affiliées sera plus élevé.

2.4.1. Cotisants affiliés

Pour déterminer si deux fiducies sont affiliées, il faut, dans un premier temps, déterminer l'identité du ou des cotisants de chacune des fiducies. En effet, il est impératif que le cotisant d'une fiducie soit affilié à au moins un cotisant de l'autre fiducie pour que celles-ci soient affiliées entre elles. En conséquence, il est pertinent de se demander qui est un cotisant à l'égard

³⁴ S.-al. 251.1(4)c)(v) L.I.R. Puisque le principe énoncé à ce sous-alinéa ne faisait pas partie des règles énoncées dans le budget, il s'applique uniquement à compter du 16 septembre 2004, contrairement aux autres propositions législatives qui sont applicables à compter du 23 mars 2004.

d'une fiducie. Aux fins de l'application de l'article 251.1 L.I.R., le législateur a défini le mot cotisant comme suit :

« Personne qui effectue, à un moment donné, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, un prêt ou un transfert de bien à une fiducie ou pour son compte, sauf s'il s'agit d'une personne n'ayant aucun lien de dépendance avec la fiducie à ce moment et n'étant pas, immédiatement après ce moment, un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie :

a) d'un prêt consenti à un taux d'intérêt raisonnable;

b) d'un transfert effectué pour une contrepartie égale à la juste valeur marchande du bien transféré³⁵. »

En somme, pour être un cotisant relativement à une fiducie, une personne doit absolument avoir prêté ou transféré un bien à la fiducie ou pour le compte de celle-ci. Le prêt³⁶ ou le transfert³⁷ ne doit pas

³⁵ Par. 251.1(3) « cotisant » L.I.R.

³⁶ Pour les sens du mot « prêt », voir *Autobus Thomas Inc. c. La Reine*, 2000 D.T.C. 6165 (C.A.F.), confirmé par 2001 D.T.C. 5665 (C.S.C.) et *Dunkelman c. MRN*, 59 D.T.C. 1242 (C. de l'É.).

³⁷ Le mot « transfert » n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le sens de ce mot a toutefois fait l'objet de plusieurs débats devant les tribunaux. Les commentaires du juge Thorson dans l'affaire *Fasken (Estate David) c. MRN*, 49 D.T.C. 491, 496-497 (C. de l'É.) propose des lignes directrices de ce qui constitue un transfert :

« [...] the word transfer is another term of wide meaning. The *New English Dictionary* gives this meaning of it:

2. Law. To convey or make over (title, right or property) by deed of legal process.

And *Webster's New International Dictionary*, Second Edition, says:

2. To make over the possession or control of, to make transfer of; to pass; to convey, as a right, from one person to another; as, title to land is transferred by deed. [...]

The word "transfer" is not a term of art and has not a technical meaning. It is not necessary to a transfer of property from a husband to his wife that it should be made in any particular form or that it should be made directly. All that is required is that the husband should so deal with the property as to divest himself of it and vest it in his wife, that is to say, pass the property from himself to her. The means by which he accomplishes this result, whether direct or circuitous, may properly be called a transfer. »

(à suivre...)

nécessairement être direct. Un prêt ou un transfert indirect à la fiducie ou pour son compte est également visé par cette définition. La jurisprudence s'est prononcée à quelques reprises sur le sens d'expressions similaires à celle d'un transfert fait « directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit ». Dans les affaires *Romkey* et *Kieboom*, la Cour d'appel fédérale semble donner un sens suffisamment large à ces expressions pour y inclure le concept de transfert d'un intérêt économique à une fiducie. La question de savoir si le transfert d'un tel intérêt économique constituerait également un transfert aux fins de l'application de la définition de « cotisant » au paragraphe 251.1(3) L.I.R. peut donc être posée.

L'utilisation de l'expression « à un moment donné », dans le libellé de cette définition, sous-entend qu'il n'est pas important que le prêt soit toujours en vigueur ou que le bien transféré soit encore en la possession de la fiducie au moment où la détermination doit être effectuée. Ainsi, lorsqu'une personne effectue un tel prêt ou transfert, cette personne sera pour l'avenir considérée être comme un cotisant relativement à la fiducie, à moins qu'elle ne puisse bénéficier de l'une des deux exceptions prévues dans la définition. Le constituant d'une fiducie est sans doute l'un des meilleurs exemples de cotisant. En considérant qu'une fiducie résulte d'un acte par lequel le constituant transfère un bien au patrimoine de la fiducie³⁸, il sera manifestement un cotisant au sens de la définition. En effet, une fiducie et son constituant ont un lien de dépendance entre eux au moment du transfert du bien initial créant la fiducie puisque le constituant contrôle la volonté des deux parties à ce moment. La détermination de l'existence ou non d'un cotisant peut s'avérer une tâche complexe lorsque la fiducie a été constituée il y a plusieurs années. En effet, les fiduciaires en fonction peuvent avoir été nommés plusieurs années après la création de la fiducie et, par conséquent, ne pas avoir une connaissance complète de l'ensemble des prêts ou transferts qui ont été effectués à la fiducie ou en sa faveur depuis sa création. L'obtention de toutes les informations pertinentes pour établir avec certitude l'identité de tous les cotisants d'une fiducie pourrait, dans plusieurs cas, s'avérer ardue pour le praticien.

(...suite)

À la lecture des commentaires du juge Thorson, il ressort que la portée du mot transfert est très large. Voir également *La Reine c. Kieboom*, 92 D.T.C. 6382 (C.A.F.) (ci-après « *Kieboom* »); *Romkey c. La Reine*, 2000 D.T.C. 6047 (C.A.F.) (ci-après « *Romkey* »); *Gardner c. MRN*, 88 D.T.C. 1649 (C.C.I.) et *Algoa Trust c. La Reine*, 93 D.T.C. 405 (C.C.I.).

³⁸ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 et mod. (ci-après « C.c.Q. »), art. 1260.

La définition prévoit cependant deux exceptions. La première concerne la personne qui a consenti à la fiducie un prêt à un taux d'intérêt raisonnable³⁹. Cette personne ne sera pas un cotisant de la fiducie dans la mesure où, immédiatement après le prêt, elle n'est pas un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie et, qu'au moment de celui-ci, elle n'a aucun lien de dépendance avec la fiducie. La deuxième exception prévue dans la définition vise le transfert, par une personne, d'un bien à la fiducie pour une contrepartie égale à la JVM. La personne effectuant un tel transfert ne doit avoir aucun lien de dépendance avec la fiducie au moment du transfert et ne doit pas être un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie immédiatement après le transfert. Dans l'acte constatant le transfert du bien à une fiducie, il pourrait donc être souhaitable, dans certaines circonstances, de prévoir une clause de rajustement de prix, par exemple, afin de s'assurer qu'une personne n'ayant aucun lien de dépendance avec la fiducie ne puisse être considérée à titre de cotisant d'une fiducie donnée à la suite d'un transfert à cette fiducie, ce qui serait le cas si cette personne était, par exemple, le cotisant d'une autre fiducie ayant des bénéficiaires affiliés à ceux de la fiducie donnée. Cette clause permettra, dans la mesure où elle est reconnue par les autorités fiscales, de modifier le prix de vente initialement convenu entre les parties afin que le transfert à la fiducie ait lieu à la JVM.

Aux fins notamment de l'application de ces deux exceptions, la notion de lien de dépendance⁴⁰ doit cependant être appliquée sans tenir compte de la participation d'une personne à titre de bénéficiaire d'une fiducie lorsqu'en l'absence d'une telle participation, cette personne serait considérée n'avoir aucun lien de dépendance avec la fiducie⁴¹. En d'autres termes, une personne détenant une participation dans une fiducie n'aura pas nécessairement un lien de dépendance avec la fiducie par l'effet de la présomption de l'alinéa

³⁹ L'expression « taux d'intérêt raisonnable » n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le taux qui sera jugé raisonnable variera d'une situation à l'autre. Ce taux dépendra des conditions du marché, des taux d'intérêt en vigueur sur le marché, des risques de crédit, des garanties accordées et des modalités du prêt, tels que le terme et les modalités de remboursement du capital. La Cour suprême du Canada dans *Shell Canada Ltd. c. La Reine*, 99 D.T.C. 5682, 5688 (C.S.C.) a énoncé le principe suivant : « Lorsqu'un taux d'intérêt est fixé sur le marché de prêteurs et d'emprunteurs sans lien de dépendance, il s'agit généralement d'un taux raisonnable ». En somme, un taux d'intérêt sera raisonnable, notamment, lorsqu'il correspondra au taux d'intérêt généralement exigé par une personne sans lien de dépendance pour les mêmes termes et conditions.

⁴⁰ Par. 251(1) L.I.R.

⁴¹ S.-al. 251.1(4)c)(ii) L.I.R.

251(1)b) L.I.R. Puisque la détermination du lien de dépendance, en l'absence des présomptions du paragraphe 251(1) L.I.R., est une question de fait, nous devons alors avoir recours aux principes énoncés par la jurisprudence⁴². Un bénéficiaire d'une fiducie, à l'exception d'un bénéficiaire détenant une participation majoritaire, pourra néanmoins effectuer un prêt ou un transfert de biens sans qu'il ne soit automatiquement considéré être comme un cotisant de la fiducie⁴³.

En somme, toute personne qui consent un prêt ou transfère un bien à une fiducie alors qu'il a un lien de dépendance avec la fiducie sera un cotisant de cette fiducie. Il en sera de même lorsque immédiatement après le transfert ou le prêt, il détiendra une participation majoritaire dans la fiducie. La notion de cotisant se distingue donc de celle de constituant d'une fiducie. Le terme cotisant aux fins de l'article 251.1 L.I.R. est beaucoup plus large que le terme constituant. Le constituant d'une fiducie est la personne ayant constitué la fiducie⁴⁴. Puisqu'une fiducie est constituée par le transfert d'un bien par le constituant⁴⁵, ce dernier représente habituellement, lors de la création de la fiducie, autant ses intérêts personnels que ceux de la fiducie. Étant donné cette volonté commune au moment de la création de la fiducie, le constituant sera nécessairement un cotisant relativement à la fiducie. En somme, en plus du constituant, toute personne ayant prêté ou transféré un bien de la fiducie pourra se qualifier de cotisant, si elle a un lien de dépendance avec la fiducie ou est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de celle-ci.

2.4.2. Situations visées

Le seul fait que le cotisant d'une fiducie soit affilié à l'un des cotisants d'une autre fiducie n'est pas suffisant en soi pour que deux fiducies soient affiliées entre elles. En effet, en plus de la présence de deux cotisants affiliés, l'une des quatre situations suivantes devra être présente :

⁴² Pour une analyse de la jurisprudence sur la notion de lien de dépendance relativement à une fiducie, voir H. PATENAUDE, *loc. cit.*, note 4, 41:12-17.

⁴³ Étant donné que la notion de lien de dépendance doit être appliquée sans tenir compte de la participation du bénéficiaire dans la fiducie, le bénéficiaire n'est pas automatiquement réputé, en vertu de l'alinéa 251(1)b) L.I.R., avoir un lien de dépendance avec la fiducie. Il pourra ainsi être exclus de la définition de « cotisant » s'il satisfait aux autres conditions.

⁴⁴ Art. 1260 et 1293 C.c.Q.

⁴⁵ Art. 1260 C.c.Q.

- i) un bénéficiaire détenant une participation majoritaire d'une fiducie est également un bénéficiaire majoritaire de l'autre fiducie⁴⁶;
- ii) un bénéficiaire détenant une participation majoritaire d'une fiducie est affilié à au moins un bénéficiaire majoritaire de l'autre fiducie⁴⁷;
- iii) un bénéficiaire détenant une participation majoritaire d'une fiducie est affilié à tous les membres d'un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire de l'autre fiducie; ou⁴⁸
- iv) tous les membres d'un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire de chacune des fiducies sont affiliés à au moins un membre d'un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire de l'autre fiducie⁴⁹.

Le dénominateur commun de ces quatre situations est la nécessité d'avoir un bénéficiaire détenant une participation majoritaire ou un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire d'une fiducie qui soit affiliée avec de tels bénéficiaires ou un groupe de bénéficiaires, selon le cas, de l'autre fiducie. Le test d'affiliation est donc principalement fondé sur l'identité des bénéficiaires des deux fiducies. L'expression « groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire » désigne :

« En ce qui concerne une fiducie à un moment donné, groupe de personnes dont chacune est bénéficiaire de la fiducie à ce moment de sorte que, à la fois :

a) si une seule personne détenait les participations à titre de bénéficiaire de l'ensemble des membres du groupe, cette personne serait un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie;

⁴⁶ S.-al. 251.1(1)h(i) et al. 251.1(4)a) L.I.R.

⁴⁷ S.-al. 251.1(1)h(i) L.I.R.

⁴⁸ S.-al. 251.1(1)h(ii) L.I.R.

⁴⁹ S.-al. 251.1(1)h(iii) L.I.R.; cette situation diffère quelque peu du principe initialement énoncé dans le budget. En effet, on référerait à la situation où chaque membre d'un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire **d'une fiducie** était affilié à au moins un membre d'un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire de l'autre fiducie. Maintenant, le test est bidirectionnel, en ce sens que tous les membres d'un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire de chacune des fiducies doit être ainsi affilié à un membre d'un tel groupe de l'autre fiducie.

b) si un membre du groupe n'était pas membre du groupe, le critère énoncé à l'alinéa a) ne serait pas rempli⁵⁰. »

Cette expression vise donc un groupe de bénéficiaires dont chaque membre, s'il détenait la participation de l'ensemble du groupe, serait un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie et dont l'absence d'un seul membre empêcherait de se qualifier à titre d'un tel bénéficiaire. En d'autres termes, un tel groupe est composé d'un nombre de membres suffisant pour avoir une participation majoritaire. Il pourrait donc y avoir plusieurs groupes de bénéficiaires détenant une participation majoritaire à l'égard de la même fiducie, chacun des groupes étant composé d'un nombre maximum de bénéficiaires afin que la présence de l'ensemble de ses membres soit nécessaire pour que l'ensemble de leur participation à titre de bénéficiaires soit suffisant pour se qualifier à titre de bénéficiaire détenant une participation majoritaire dans la fiducie. Il est essentiel que chaque membre du groupe soit un bénéficiaire⁵¹ de la fiducie pour faire partie d'un groupe de personnes détenant une participation majoritaire dans celle-ci.

Quel est le sens de l'expression « groupe de personnes » utilisé dans cette définition? Dans les notes explicatives relativement à la définition de « groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire », le ministre des Finances énonce un principe selon lequel seules les personnes qui agissent de concert sont considérées comme faisant partie d'un même groupe⁵². Vu qu'il n'y a aucune disposition spécifique à cet effet dans les propositions législatives ni dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, nous devons nous en remettre à la jurisprudence pour trouver les fondements de ce principe. La Cour d'appel fédérale, dans l'affaire *Silicon Graphics Ltd. c. La Reine*⁵³, a analysé la portée de cette expression dans le contexte de la détermination d'un groupe de contrôle à l'égard d'une société. La Cour, sous la plume du juge Sexton, a conclu ce qui suit :

« In Buckerfield's, *supra* at page 5303, Jackett, P. said :

The word "group" in its ordinary meaning, as I understand it can refer to any number of persons from two to infinity.

⁵⁰ Par. 251.1(3) « groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire » L.I.R.

⁵¹ Le mot « bénéficiaire » est défini au paragraphe 251.1(3) L.I.R.

⁵² CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 7, p. 146.

⁵³ 2002 D.T.C. 7112 (C.A.F.) (ci-après « *Silicon Graphics* »).

In the context of control, the phrase “one or more persons” surely must mean the same thing and I am therefore of the view that the concept of “a group of persons” and the case law attendant thereon is applicable when interpreting the definition of CCPC in subsection 125(7). The significant word is “control” and in my view “control” necessitates that there be a sufficient common connection between the several persons referred to in that definition in order for there to be control by several persons⁵⁴. »

Il ressort de ces commentaires que les expressions « groupe de personnes » et « une ou plusieurs personnes » sont interchangeables. En effet, en reprenant les propos du juge Jackett dans l'affaire *Buckerfield's Ltd. c. MRN*⁵⁵, la Cour confirme que la notion de groupe réfère à n'importe quel nombre de personnes entre deux et l'infini. Dans cette définition, il n'est fait aucune référence à un lien quelconque entre les membres composant le groupe. La nécessité que les membres du groupe aient un intérêt commun ou agissent de concert semble découler de la notion de « contrôle » plutôt que de la notion de groupe. En effet, la jurisprudence ayant analysé la notion de groupe l'a toujours fait dans un contexte de contrôle d'une société⁵⁶. Nous sommes d'avis que dans un tel contexte, à moins de dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les membres d'un groupe doivent avoir entre eux un intérêt commun ou agir de concert pour que le groupe exerce un contrôle sur une société. Les commentaires du juge Sexton dans l'affaire *Silicon Graphics* apportent donc une certaine lumière sur l'origine du commentaire du ministre des Finances quant à la nécessité que les membres d'un groupe agissent de concert.

Peut-il toutefois en être autrement à l'égard d'un groupe de bénéficiaires? Supposons un instant que pour qu'un bénéficiaire fasse partie d'un groupe, il doive agir de concert avec les autres bénéficiaires membres du groupe. En considérant la nature passive du rôle d'un bénéficiaire, comment ferait-on pour déterminer s'ils agissent de concert? Contrairement à un actionnaire, les bénéficiaires n'ont pas de droit de vote et ne peuvent contrôler la fiducie à moins d'en être les fiduciaires. À l'égard de l'expression « agir de concert », le juge en chef adjoint Bowman de la Cour canadienne de l'impôt s'exprimait ainsi :

⁵⁴ *Id.*, 7120.

⁵⁵ 64 D.T.C. 5301 (C. de l'É.) (ci-après « *Buckerfield's* »).

⁵⁶ Voir notamment, *Vina-Rug (Canada) Ltd. c. MRN*, 68 D.T.C. 5021 (C.S.C.); *Regal Wholesale Ltd. c. La Reine*, 76 D.T.C. 6146 (C.F. 1^{re} inst.), confirmé par 77 D.T.C. 5152 (C.A.F.); *La Reine c. B.B. Fast & Sons Distributors Ltd.*, 86 D.T.C. 6106 (C.A.F.); *Silicon Graphics*, précité, note 53; *Buckerfield's*, précité, note 55 et *Yardley Plastics of Canada Ltd. c. MRN*, 66 D.T.C. 5183 (C. de l'É.).

« I am also of the view that the franchisees and GTS were at arm's length. They had separate interests and there was certainly no single or controlling mind. Nor can it be said that they "acted in concert" in a way that deprives the relationship of its arm's length nature. To say that every time two independent business persons in pursuit of their own business interests work together to achieve a mutually beneficial commercial objective means that they are "acting in concert" and are, therefore, not at arm's length would mean that no business relationships would ever be at arm's length⁵⁷. »

Pour sa part, le juge Cattanach de la Cour de l'Échiquier affirmait le principe suivant : « To act in concert or "by arrangement with another person", in my opinion, presupposes some form of active participation rather than passive consent to a decision taken by another person⁵⁸ ».

Comment réconcilier les propos tenus par les juges Bowman et Cattanach relativement à un groupe de bénéficiaires d'une fiducie ayant généralement un rôle passif dans l'administration fiduciaire? Les bénéficiaires n'ont généralement aucun rôle actif dans l'administration d'une fiducie. Ils ont le droit à titre de bénéficiaire d'exiger, suivant l'acte constitutif, les prestations ou distributions qui leur sont accordées⁵⁹. Peut-on prétendre que tous les bénéficiaires d'une fiducie agissent de concert ou dans un intérêt commun du seul fait qu'ils sont bénéficiaires d'une même fiducie? En considérant les propos des juges Bowman et Cattanach, la notion d'agir de concert semble difficile à réconcilier avec la définition de « groupe de personnes détenant une participation majoritaire ».

Si un bénéficiaire doit effectivement agir de concert avec les autres membres du groupe pour que ce dernier se qualifie de groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire, un tel groupe sera difficilement déterminable. La présence ou l'absence d'un tel groupe deviendra alors une question de fait. Vu l'absence de codification de ce principe, il serait hasardeux de miser uniquement sur le principe énoncé par le Ministre dans les notes explicatives pour se soustraire de la définition de groupe de personnes détenant une participation majoritaire. Nous devons attendre que les tribunaux se prononcent à l'égard de cette question.

⁵⁷ *Lenester Sales Ltd. c. La Reine*, 2003 D.T.C. 997, 1002 (C.C.I.). En ce qui concerne le concept d'agir de concert, voir également *MRN c. Sheldon's Engineering Ltd.*, 55 D.T.C. 1110 (C.S.C.); *MRN c. Merritt*, 69 D.T.C. 5159 (C. de l'É.); *Swiss Bank Corporation c. MRN*, 71 D.T.C. 5235, 5241 (C. de l'É.), confirmé par 72 D.T.C. 6470 (C.S.C.); *McCoy c. La Reine*, 2003 D.T.C. 660 (C.C.I.).

⁵⁸ *Vaskevitch c. MRN*, 69 D.T.C. 5062, 5068 (C. de l'É.).

⁵⁹ Art. 1284 C.c.Q.

Toutefois, il est probable que le ministre des Finances ou l'ARC modifiera sa position à cet égard au cours des prochaines années.

En résumé, tant l'identité des cotisants d'une fiducie que celle de ses bénéficiaires est importante pour déterminer si une fiducie est affiliée à une autre par l'effet de l'alinéa 251.1(1h) L.I.R. Par exemple, deux fiducies sont affiliées entre elles si leurs constituants sont affiliés et si le bénéficiaire détenant une participation majoritaire est affilié avec un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de l'autre. De plus, puisque ces bénéficiaires sont affiliés entre eux, ils seront également affiliés à chacune des fiducies. En effet, puisque ce sont des personnes affiliées, chacune d'elles est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire dans chacune des fiducies. Si ces bénéficiaires contrôlent par ailleurs des sociétés, ces dernières, de même que les sociétés qu'elles contrôlent, seront également affiliées à chacun des bénéficiaires, aux deux fiducies, et ce, en plus d'être affiliées entre elles. Les nouvelles règles sur les personnes affiliées à une fiducie sont maintenant fort complexes, vu les nombreuses présomptions qui doivent être considérées lors de cette détermination.

3. INCIDENCES PRATIQUES

Les nouvelles mesures proposées auront nécessairement plusieurs conséquences sur la pratique, ce qui obligera entre autres les praticiens à revoir leur façon de faire. En effet, plus d'une quinzaine de dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* font référence au concept de personnes affiliées⁶⁰. Ces dispositions prévoient plusieurs règles particulières dont l'objectif n'est pas restreint à la limitation de la déductibilité des pertes dans le contexte de transactions entre personnes affiliées. Dans le cadre du présent texte, nous nous limiterons à illustrer quelques incidences pratiques afférentes à certaines de ces règles.

3.1. TRANSFERT À UNE FIDUCIE

L'une des situations visées par la modification de la définition de personne affiliée est le transfert du bien ayant une moins-value non réalisée à une fiducie. Antérieurement au budget, le transfert d'un tel bien à une fiducie dont l'auteur du transfert était l'un des bénéficiaires n'était pas assujéti à la règle sur les pertes apparentes, dans la mesure où il n'était pas affilié avec

⁶⁰ Voir notamment les dispositions suivantes : par. 13(21.1), 13(24) et (25), 14(12), 18(14) et (15), 40(3.3) à (3.6), 66(4), 69(11), 107(6), 138(4.5), 212.1(3) et 256(8) L.I.R.; art. 18.1, 20.01, 115.2 et 142.7 L.I.R.; s.-al 40(2)g(i) L.I.R.

l'ensemble des fiduciaires. En effet, il suffisait d'avoir au moins un fiduciaire non affilié avec l'auteur du transfert pour éviter l'application de cette règle. En vertu des nouvelles dispositions, la perte réalisée au moment du transfert sera refusée lorsque l'auteur du transfert est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie ou une personne affiliée à un tel bénéficiaire. Par exemple, si M. X transfère un bien à une fiducie familiale discrétionnaire dont les bénéficiaires sont sa femme et ses enfants, la perte qu'il réalisera à ce moment sera considérée comme une perte apparente car il sera affilié à la fiducie. La perte sera donc refusée et le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») du bien acquis par la fiducie sera majoré du montant de la perte réalisée par l'auteur du transfert⁶¹.

Dans le cadre de la mise en place d'une fiducie de protection d'actifs, il est fréquent que des biens à perte soient transférés à une fiducie dont l'auteur du transfert est l'un des bénéficiaires. C'est le cas notamment lorsque l'auteur du transfert envisage de réaliser une perte en capital sur ces biens pour compenser un gain en capital qu'il réalisera sur d'autres biens transférés à la fiducie ou des gains en capital qu'il réalisera au cours de cette année. Dans un tel cas, il faut s'assurer que les pertes latentes sur les biens qui seront transférés à la fiducie ont été réalisées préalablement au transfert, ou que la fiducie et l'auteur du transfert ne sont pas des personnes affiliées.

3.2. ACQUISITION D'UN BIEN IDENTIQUE

Une autre incidence de ces nouvelles mesures peut se manifester lors de l'acquisition d'un bien par une fiducie, l'un de ses bénéficiaires ou une personne qui leur est affiliée. Encore une fois, les règles sur les pertes apparentes pourront trouver application. Ce sera le cas notamment lorsqu'un bien identique à celui qui est disposé est, au cours de la période de 30 jours précédant ou suivant le moment de la disposition par la fiducie, acquis par un bénéficiaire de la fiducie, son conjoint ou une autre personne affiliée à la fiducie. La même règle s'appliquera à l'égard, notamment, d'un bénéficiaire d'une fiducie ou de son conjoint qui dispose d'un tel bien alors que la fiducie acquiert un bien identique au cours de cette période de 30 jours. Dans plusieurs cas, il est difficile pour le contribuable ou la fiducie de suivre les transactions de l'un ou de l'autre et encore plus celles du conjoint ou d'une autre personne affiliée. En effet, les uns n'ont pas nécessairement connaissance des transactions effectuées par les autres ni des informations sur celles-ci. Dans plusieurs cas, le contribuable ne saura même pas s'il est affilié à un autre contribuable et la complexité des nouvelles règles ne

⁶¹ Al. 40(2)g) et 53(1)f) L.I.R.

facilitera pas la situation. De plus, il arrive parfois que les actifs du contribuable soient administrés par un tiers, notamment lorsque les biens font l'objet d'une gestion discrétionnaire. Dans un tel cas, le suivi quotidien des transactions sera encore plus difficile.

Il est fréquent de voir des fiducies avec une liste de bénéficiaires discrétionnaires très élaborée. Bien que plusieurs d'entre eux risquent de ne jamais recevoir de distribution de la fiducie, ils demeurent des bénéficiaires détenant une participation majoritaire de la fiducie et, par conséquent, affiliés à la fiducie. Étant donné que la majorité d'entre eux, en plus d'être exclus de l'administration des biens de la fiducie, risquent de ne pas être informés de l'existence d'une telle fiducie, il s'avère extrêmement difficile pour eux de suivre l'ensemble des transactions de la fiducie et d'éviter ainsi l'application des règles sur les pertes apparentes. Techniquement, si la fiducie acquiert, au cours de la période de 30 jours précédant ou suivant la disposition d'un bien, un bien identique à celui qui est disposé par un bénéficiaire discrétionnaire, la perte réalisée par celui-ci sera refusée. Le coût du bien acquis par la fiducie sera majoré du montant de la perte refusée au bénéficiaire. Cette situation est beaucoup moins théorique qu'elle puisse le sembler à première vue. En effet, des actions de mêmes sociétés publiques se retrouvent fréquemment dans différents portefeuilles d'investissement, pensons par exemple aux actions des sociétés Nortel Networks Corp. et Bombardier inc. Les actions de ces sociétés ont connu des fluctuations importantes de leur valeur au cours des dernières années. Ces titres faisant partie d'un grand nombre de portefeuilles d'investissement, il n'est pas déraisonnable de penser que la situation décrite ci-dessus aurait pu se produire à plusieurs reprises.

3.3. PLANIFICATION SUCCESSORALE

Finalement, les modifications proposées peuvent également avoir des conséquences dans le cadre des planifications successorales, notamment lorsque le contribuable détient des actions dans le capital-actions d'une société privée au moment de son décès. La présence d'un solde positif au compte d'impôt en main remboursable à titre de dividendes (ci-après « IMRTD ») ou au compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») au moment du décès ou créé à la suite du décès seront des facteurs importants à considérer lors de l'évaluation des incidences pratiques des modifications proposées.

Afin d'illustrer la problématique, prenons l'exemple d'un contribuable qui décède aujourd'hui alors qu'il détient des actions privilégiées votantes de gel dans le capital-actions d'une société privée (ci-après « Privéco »). Les

actions ordinaires de Privéco sont détenues par le fils unique du contribuable qui a souscrit à celles-ci dans le cadre du gel effectué plusieurs années auparavant. Les actions émises et en circulation de Privéco ont les caractéristiques fiscales suivantes :

	Nombre	JVM	Valeur de rachat	PBR	Capital versé	Vote
Actions détenues par M. X						
Actions privilégiées de catégorie B	3 millions	3 M\$	3 M\$	100 \$	100 \$	1 vote par action
Actions détenues par le fils						
Actions ordinaires de catégorie A	100 millions	1 M\$	sans objet	100 \$	100 \$	1 vote par action

Aux termes du testament, le défunt lègue le résidu des biens meubles et immeubles qu’il possèdera à son décès à son fils unique, qu’il institue son légataire universel résiduaire. Les liquidateurs de la succession sont Jean, un ami du défunt, conjointement avec le fils du défunt. Aux fins de notre exemple, Jean n’a aucun lien de dépendance avec le défunt, son fils et Privéco. Au moment du décès, Privéco a un solde d’IMRTD de 800 000 \$. Les actifs de Privéco sont composés principalement d’un portefeuille de placements d’une valeur de 4 M\$ ayant un coût fiscal de 3 M\$.

Si le décès avait eu lieu avant les nouvelles mesures, les liquidateurs auraient sans doute réglé la succession comme suit. Tout d’abord, les liquidateurs auraient procédé au rachat des actions privilégiées de gel détenues par la succession. La succession aurait alors reçu la somme de 3 M\$ comptant. Le rachat des actions aurait provoqué la réalisation d’un dividende réputé pour la succession d’environ 3 M\$. Le dividende réputé aurait ainsi entraîné pour la succession un impôt à payer de l’ordre de 1 M\$. En plus du dividende réputé, le rachat des actions aurait engendré pour la succession une perte en capital de 3 M\$. Dans la mesure où la perte est réalisée au cours de la première année d’imposition de la succession, celle-ci pourra reporter la perte en capital ainsi réalisée dans la déclaration de

revenus finale du défunt⁶². La perte en capital ainsi reportée permettra d'annuler le gain en capital de 3 M\$ réalisé sur ces actions par le défunt au moment de son décès⁶³. Puisque la succession, avant les nouvelles mesures, n'était pas affiliée avec Privéco immédiatement après le rachat, la perte réalisée au moment du rachat des actions par la succession ne sera pas refusée⁶⁴. Le résultat net pour les parties concernées est un montant d'impôt d'environ 984 000 \$, payable pour le défunt, et un remboursement d'impôt de 800 000 \$ pour Privéco, soit un impôt net de seulement 184 000 \$.

Par contre, suivant les nouvelles règles proposées, le résultat sera très différent si la même planification *post mortem* est mise en place. En effet, selon celles-ci, la succession est affiliée au fils, puisqu'il est à l'égard de celle-ci un bénéficiaire détenant une participation majoritaire, y étant le seul bénéficiaire⁶⁵. Étant donné que Privéco est affiliée au fils qui la contrôle, on devra tenir compte de la participation du fils afin de déterminer si la société est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire. En considérant que le fils est la seule personne ayant des droits dans la succession et qu'il est affilié à Privéco, cette dernière est également un bénéficiaire détenant une participation majoritaire relativement à la succession. En conséquence, Privéco et la succession sont des personnes affiliées⁶⁶. Puisque immédiatement après le rachat des actions, la succession sera encore affiliée à la société, et ce, malgré qu'elle ne détiendra plus aucune action, la perte que la succession réalisera au moment du rachat sera réputée nulle⁶⁷. Bien que la perte refusée soit en principe ajoutée au PBR des autres actions détenues par la succession, il n'y aura, dans l'exemple sous étude, aucune

⁶² Par. 164(6) L.I.R.

⁶³ Par. 70(5) L.I.R.

⁶⁴ Par. 40(3.6) L.I.R. Puisque lors du rachat, la société a payé comptant la totalité de la valeur de rachat, la succession ne contrôlera pas Privéco immédiatement après le rachat.

⁶⁵ Par. 251.1(3) « bénéficiaire détenant une participation majoritaire » L.I.R.

⁶⁶ *Id.*; Privéco est également un personne affiliée à la succession suivant les dispositions du sous-alinéa 251.1(1)g(ii) L.I.R.

⁶⁷ Par. 40(3.6) L.I.R. Il est à noter toutefois qu'après la rédaction du présent texte, la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été modifiée par l'ajout du paragraphe 40(3.61) L.I.R. À la suite de l'ajout de ce nouveau paragraphe, la perte réalisée, après le 22 mars 2004, dans une situation similaire à celle décrite dans le paragraphe ci-dessus ne sera pas refusée ou réputée nulle. Voir CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens portant exécutoire de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 23 mars 2004*, 6 décembre 2004, par. 13(1).

augmentation de PBR puisque la succession ne détiendra alors aucune autre action du capital-actions de Privéco. Il en résultera donc une double imposition, soit un gain en capital de 3 M\$ pour le défunt et un dividende réputé de 3 M\$ pour la succession.

Plusieurs possibilités pourront être envisagées pour régler cette problématique et ainsi éviter telle double imposition. Cependant, le choix de la ligne de conduite dépendra de plusieurs facteurs dont notamment les modalités du testament du défunt, l'identité de la personne ou des personnes qui contrôlent la société, la présence du solde d'IMRTD ou de CDC, la nature des actifs de la société, la présence d'une assurance vie, l'application ou non des règles transitoires à l'égard de l'assurance vie, de même que le coût, le capital versé et la valeur marchande des actions détenues par le défunt.

L'une des pistes de solution consiste à se rabattre sur l'alinéa 69(5)d) L.I.R. En effet, cet alinéa prévoit notamment que les dispositions du paragraphe 40(3.6) L.I.R. ne s'appliquent pas à l'égard des biens disposés lors de la liquidation d'une société. Bien que dans certains cas la liquidation de Privéco puisse être envisagée par le liquidateur, il y a plusieurs situations où une telle liquidation n'est pas souhaitable. La présence d'un autre actionnaire, par exemple, peut rendre non réaliste une telle liquidation. En effet, si la société est liquidée, la société et ses actionnaires se trouveraient à payer un impôt par anticipation sur la plus-value non réalisée sur les actifs de la société et/ou les actions détenues par ses actionnaires. Il en serait de même pour une société exploitant une entreprise active.

Dans un tel cas, il semble plus probable que les liquidateurs opèreraient pour la création d'une nouvelle société de portefeuille (ci-après « Nouco »). Une fois la société créée, les liquidateurs pourraient transférer, par voie de roulement à celle-ci, les actions de Privéco détenues par la succession⁶⁸. En contrepartie des trois millions d'actions privilégiées de catégorie B de Privéco transférées à Nouco, la succession recevra des actions ordinaires de Nouco. À la suite du transfert, les trois millions d'actions privilégiées de catégorie B de Privéco détenues par Nouco pourront être rachetées par Privéco. Lors du rachat, vu que les deux sociétés sont des sociétés rattachées, il n'y aura aucun impôt de la Partie IV L.I.R. à payer par Privéco, sauf si Privéco a droit à un remboursement d'impôt au titre de dividende (ci-après

⁶⁸ Un choix en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R. sera effectué au moment du transfert.

« RTD ») à l'égard du dividende réputé résultant du rachat des actions⁶⁹. En considérant le solde d'IMRTD de Privéco, celle-ci obtiendra un RTD de 800 000 \$ et Nouco sera assujettie à un impôt de 800 000 \$ de la Partie IV L.I.R. L'impôt de la Partie IV L.I.R. payé par Nouco sera toutefois crédité à son compte d'IMRTD. Après le rachat des actions de Privéco détenues par Nouco, cette dernière sera liquidée. À la suite de la liquidation de Nouco, la succession réalisera un dividende réputé de 3 M\$ et une perte en capital du même montant⁷⁰. La succession pourra alors exercer le choix prévu au paragraphe 164(6) L.I.R. et reporter cette perte dans la déclaration de revenus finale du défunt. Quant à Nouco, elle obtiendra un RTD de 800 000 \$ qui compensera l'impôt de la Partie IV L.I.R. qui était payable à la suite du dividende intersociétés réalisé au moment du rachat des actions qu'elle détenait dans Privéco.

Bien qu'il existe plusieurs autres planifications *post mortem* pour éviter le problème de double imposition dans une situation similaire, il est toujours important de revoir les planifications successorales des clients afin d'identifier les situations difficiles et d'apporter les correctifs qui s'imposent. Même si plusieurs de ces solutions peuvent être mises en place après le décès du contribuable, des erreurs peuvent facilement survenir notamment en l'absence de conseils obtenus en temps opportun auprès d'un fiscaliste ou lorsque les liquidateurs se réfèrent à un memorandum de planification préparé antérieurement au décès et qui risque de n'être plus à jour en raison de modifications législatives (c'est-à-dire à la suite des modifications de la notion de personne affiliée). En matière de planification successorale, il est particulièrement souhaitable d'avoir une approche préventive plutôt que curative.

CONCLUSION

Il ne fait aucun doute que les mesures proposées relativement à la notion de personnes affiliées auront des incidences significatives à l'égard de plusieurs planifications actuelles. La modification la plus significative provient du test qui ne repose plus sur l'identité du fiduciaire mais plutôt sur l'identité des bénéficiaires de la fiducie. L'identité du bénéficiaire est donc devenue la pierre angulaire des nouvelles règles pour déterminer l'identité des personnes affiliées à une fiducie. Cette modification règle plusieurs

⁶⁹ Le dividende réputé reçu par Nouco sera déductible dans le calcul de son revenu imposable en vertu de l'article 112 L.I.R.

⁷⁰ En vertu des dispositions de l'alinéa 69(5)d) L.I.R., la perte en capital réalisée par la succession ne sera pas refusée.

situations autrefois compliquées mais risque de créer de nouveaux problèmes. Bien que ces nouvelles situations puissent, dans certains cas, être d'application plus restreinte, il n'en demeure pas moins que les conséquences pour ces contribuables pourraient s'avérer tout aussi problématiques.

Donc, étant donné les modifications importantes apportées à ces règles et le niveau élevé de complexité de celles-ci, il serait opportun de revoir l'ensemble des planifications fiscales des clients afin d'identifier les situations qui posent un problème et ainsi éviter des inconvénients majeurs ou des résultats non désirés. Les mesures proposées modifient considérablement les situations où un contribuable est affilié à une fiducie.

CERTAINES OPÉRATIONS SUR LA BOURSE DE CROISSANCE TSX

Claude Désy
Avocat, M. Fisc., FCA
De Grandpré Chait s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1.	LA BOURSE DE CROISSANCE TSX – BOURSE « JUNIOR »	
	CANADIENNE.....	22:5
1.1.	INTRODUCTION	22:5
1.1.1.	Investir dans le capital de risque public.....	22:9
1.1.2.	Valorisation et capital de risque public.....	22:11
1.2.	ASSUMATION DU RISQUE D'UNE OPÉRATION DE	
	MISE EN BOURSE.....	22:15
1.2.1.	Encadrement des placements par les sociétés	
	de capital de risque privées.....	22:19
1.2.2.	Autres méthodes d'inscription	22:20
1.3.	PROGRAMME DES SCD	22:23
1.3.1.	Première étape.....	22:24
1.3.2.	Deuxième étape.....	22:36
1.3.3.	Troisième étape.....	22:40

1.4.	AVANTAGES POUR L'ENTREPRISE DU PROGRAMME DES SCD	22:41
1.5.	RÉSUMÉ DU PROGRAMME DES SCD	22:43
1.6.	ACCÈS AU PROGRAMME DES SCD	22:46
1.7.	EXISTENCE D'UN ACCORD DE PRINCIPE	22:47
2.	ÉLÉMENTS DE LA FISCALITÉ DU CAPITAL DE RISQUE PUBLIC	22:49
2.1.	STATUT FISCAL DE L'ENTITÉ INSCRITE ET DE LA CIBLE	22:49
2.1.1.	Société privée	22:52
2.1.2.	Société publique	22:53
2.1.3.	Société privée contrôlée par des Canadiens	22:57
2.1.4.	Statut des sociétés dans le temps	22:59
2.2.	DISPOSITION DES TITRES DE LA SOCIÉTÉ RÉSULTANTE	22:61
2.3.	ROULEMENT DES « ANGLES INVESTISSEURS »	22:67
2.3.1.	Report du gain en capital	22:69
2.3.2.	Disposition admissible	22:75
2.3.3.	Actions de remplacement	22:80
2.3.4.	Utilisation des biens	22:81
2.3.5.	Société exclue	22:82
2.3.6.	Ordre de disposition des actions	22:84
2.3.7.	Échange d'actions	22:84
2.3.8.	Exonération du gain en capital et le revenu protégé	22:86
2.3.9.	Sociétés inscrites ou qui s'inscriront à la cote	22:88
2.4.	PLACEMENTS ADMISSIBLES	22:90
2.4.1.	Actions d'une SEPE	22:93
2.4.2.	Actions d'une société admissible	22:101
2.4.3.	Actions inscrites à la cote d'une Bourse de valeurs canadienne ou étrangère	22:106
2.4.4.	Actions d'une société publique	22:107
2.4.5.	Titres de créance	22:107
2.4.6.	Reçu de versement	22:108
2.4.7.	Espèces et dépôt en espèces	22:110
2.4.8.	Bons de souscription, droits d'achat et options	22:110
2.4.9.	Certificats représentatifs	22:111
2.4.10.	Titres garantis par hypothèque	22:111
2.4.11.	Unités de fiducies	22:112
2.4.12.	Titres entiers	22:112

2.4.13.	Souscription ou transfert d'actifs	22:113
2.4.14.	Options d'achat d'actions	22:113
2.4.15.	Perte de statut et radiation.....	22:114
2.4.16.	Conséquences de la détention par un régime d'un placement non admissible.....	22:115
2.4.17.	Garantie donnée par le régime	22:115
2.4.18.	Pénalités – Paragraphe 146(10.1) ou impôt de la Partie I L.I.R.....	22:116
3.	OPTIONS	22:116
3.1.	OPTIONS INCITATIVES ACCORDÉES AUX EMPLOYÉS	22:121
3.1.1.	Avantage imposable.....	22:123
3.1.2.	Report de l'avantage imposable.....	22:124
3.1.3.	Employé	22:127
3.1.4.	Employé ou actionnaire	22:128
3.1.5.	Cessation d'emploi.....	22:129
3.1.6.	Cession de l'option	22:129
3.1.7.	Paiement en espèces en lieu de l'émission des actions.....	22:130
3.1.8.	Particularité pour les SPCC	22:132
3.1.9.	Déductions dans le calcul du revenu imposable	22:133
3.1.10.	Réorganisation corporative.....	22:134
3.1.11.	Certains cas particuliers découlant de l'application des règles sur les options d'achat d'actions	22:142
3.2.	OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS CONFÉRÉES À UNE PERSONNE NON EMPLOYÉE.....	22:146
3.3.	LA SOCIÉTÉ DE CAPITAL DE DÉMARRAGE	22:150

1. LA BOURSE DE CROISSANCE TSX – BOURSE « JUNIOR » CANADIENNE¹

1.1. INTRODUCTION

Dans le présent texte, nous discuterons du financement par le capital de risque public². Nous aborderons d'abord l'environnement financier et réglementaire de ce type de financement afin d'encadrer notre propos sur sa fiscalité³. La fiscalité de la mise en Bourse d'une société est un sujet vaste. La présente ne discute que de certains aspects choisis de la fiscalité d'une telle opération.

Le financement public des PME québécoises a contribué significativement au cours des récentes décennies à la valorisation de nos entreprises et à notre enrichissement collectif. Notre Québec inc. n'a vraiment vu le jour que lorsque nos PME ont eu accès au marché public des capitaux. Cet accès aux parquets des Bourses canadiennes et parfois étrangères s'est effectué, dans la plupart des cas, par un premier appel public à l'épargne (ci-après « PAPE ») de quelques millions de dollars. Le tableau suivant illustre bien cette situation.

L'accès au capital de risque public fut déterminant pour ces sociétés. Leurs compétiteurs, n'ayant pas eu un tel accès aux sources publiques de

¹ L'auteur tient à remercier M^{es} Michel G. Beaudin, Daniel Courteau et Martin Raymond pour leur précieuse collaboration.

² Dans le présent texte, le capital de risque public signifie le capital disponible sur le marché des capitaux obtenus par les sociétés inscrites à la cote d'une Bourse de valeurs ou un système de cotation et de déclaration d'opérations.

³ L'abréviation « L.I.R. » et l'expression « impôt sur le revenu » sont utilisées pour faire référence à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »). Nous ne citerons que cette seule loi lorsque la *Loi sur les impôts* du Québec, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. ») comprend des dispositions ayant les mêmes conséquences que la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Nous ferons régulièrement référence à la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec, L.R.Q., c. V-1.1 (ci-après « L.V.M.Q. ») et aux politiques des Bourses. Dans le cas de la Bourse de croissance TSX (ci-après « Bourse »), il s'agit des politiques contenues dans son *Guide de financement des sociétés* (ci-après « Guide »). Lorsque le mot « Politique » ou l'abréviation « Pol. » sera utilisé, cela a trait aux politiques du Guide. Dans le cas des politiques de NEX, nous utiliserons « Pol-N » et pour celles du *TSX Company Manual* de la Bourse de Toronto, nous aurons recours à l'abréviation « Pol-T ».

capitaux, n'ont généralement pas réalisé leur pleine valeur et furent fréquemment la cible d'acquisitions par ces nouveaux joueurs dominants. Elles furent souvent victimes de ces prédateurs en étant devenues des proies faciles par cette absence à un accès rapide à des capitaux leur permettant d'élaborer une stratégie défensive efficace en temps utile.

ÉMETTEURS	PAPE					2004	
	ANNÉE	MONTANT DE L'ÉMISSION	COURS	CAPITALISATION BOURSIFIÈRE	SYMBOLE	COURS (20/09/04)	CAPITALISATION BOURSIFIÈRE
CASCADES INC.	1982	5 M\$	5,00 \$	25 M\$	CAS	13,60 \$	1,112 M\$
DOREL INDUSTRIES INC.	1987	10 M\$	5,00 \$	50 M\$	DILA DILB	36,27 \$ 36,60 \$	1,197 M\$
MAAX INC.	1987	5,5 M\$	2,50 \$	10,9 M\$	MXA	ACQUIS	ACQUIS
UNI-SELECT INC.	1985	3 M\$	3,00 \$	9 M\$	UNS	25,00 \$	514 M\$
QUEBECOR INC.	1972	5,1 M\$	11,25 \$	27,6 M\$	QBR.A	26,22 \$	1,701 M\$
ALIMENTATION COUCHE TARD	1986	2,5 M\$	2,25 \$	8,3 M\$	ATD.A	28,50 \$	2,869 M\$
VAN HOUTTE INC.	1987	5 M\$	5,00 \$	n.d.	VH	16,25 \$	349 M\$
LASSONDE INDUSTRIES INC.	1987	10,1 M\$	6,75 \$	n.d.	LAS.A	24,90 \$	169 M\$
GARDA WORLD SECURITY CORPORATION*	1999	n.d.	0,24 \$	3,6 M\$	GW	4,21 \$	10 M\$

* Garda World Security Corporation est la société résultante d'une opération admissible avec Capital de risque Wild Grizzly inc. en juin 1999, une *Junior Capital Pool Company* de l'Alberta qui avait un total de 1 250 000 \$ immédiatement avant l'opération admissible. Les actionnaires de Garda ont reçu un total de 9 millions d'actions de l'émetteur résultant au prix de 0,24 \$ par action. Au moment de la transaction, il y avait environ 15 millions d'actions en circulation, incluant les actions émises pour l'acquisition de Garda. Source : Valeurs mobilières Dundee (septembre 2004).

On considère généralement que les sociétés, dont la capitalisation boursière est inférieure à 100 M\$, font partie de la catégorie de sociétés à petite capitalisation⁴. Elles constituent généralement des placements plus spéculatifs, en d'autres mots du capital de risque public.

⁴ Dans le *Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière*, ICCA, 1994, p. 459, « capitalisation boursière » signifie : « Évaluation d'une société établie sur la (à suivre...) »

Nous concentrerons notre propos sur l'inscription à la cote de la Bourse de croissance TSX, particulièrement sur la mise en Bourse par l'utilisation de son programme des sociétés de capital de démarrage (ci-après « SCD »)⁵. Cela nous permettra de bien illustrer ce qui distingue cette Bourse des autres.

La PME en croissance, après avoir épuisé les ressources financières de ses fondateurs et de son entourage, requiert un accès à de nouvelles sources de capitaux de croissance. L'objectif de la Bourse de croissance TSX est de combler l'écart entre les financements privés et publics traditionnels en procurant aux sociétés qui sont inscrites à sa cote des levées de fonds de 500 000 \$ à 20 M\$.

La Bourse de croissance TSX, autrefois appelée Bourse canadienne de croissance ou CDNIX, a vu le jour en novembre 1999, à la suite du regroupement des activités des Bourses de l'Alberta, de Vancouver, de Winnipeg et de Montréal (petites capitalisations) et du Canadian Dealing Network. La Bourse de croissance TSX est maintenant la propriété du Groupe TSX, qui est également propriétaire de la Bourse de Toronto⁶. Elle a pour mission de favoriser la capitalisation des petites entreprises en croissance. Plus de 2 500 titres sont inscrits à sa cote. Au sein du Groupe TSX, la Bourse de croissance TSX est la filiale dont relève le programme des SCD⁷ et le financement des sociétés à petite capitalisation.

(...suite)

base de la valeur de ses actions en bourse. On l'obtient en multipliant le nombre d'actions ordinaires émises composant le capital social par leur cours du marché ».

⁵ Pol. 2.4.

⁶ Le Groupe TSX comprend aussi NEX : « NEX est un marché distinct de Bourse de croissance TSX destiné aux sociétés antérieurement inscrites à la cote de Bourse de croissance TXS ou de la Bourse de Toronto qui ne satisfont plus aux normes financières de ces bourses aux fins du maintien de l'inscription. NEX fournit un forum pour la négociation dans le public des titres de sociétés inactives inscrites pendant qu'elles cherchent et entreprennent des opérations en vue de leur réactivation en société exploitant activement une entreprise. » (Pol-N Intro)

⁷ Les principales dispositions relatives à ce programme se retrouvent dans la Politique 2.4, « Sociétés de capital de démarrage » du Guide et dans l'Instruction générale québécoise, 41-601Q, « Les sociétés de capital de démarrage ». L'Instruction 41-601Q est entrée en vigueur le 12 novembre 2002 en même temps que la décision 2002-C-0407 de la Commission des valeurs mobilières du Québec dispensant les SCD de l'application de certaines dispositions de la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec et du *Règlement sur les valeurs mobilières*, R.R.Q., c. V.1.1, r.1, adopté par le Décret 660-83 (1983) 115 G.O., II, 1511. et mod., ainsi que de certaines instructions générales. La décision 2002-C-0407 a été remplacée par la décision 2003-C-0015 (à suivre...)

La Bourse de croissance TSX est ouverte aux entreprises canadiennes et étrangères, et offre un marché organisé pour les investisseurs et leurs conseillers qui désirent des participations dans des sociétés à petite capitalisation. Le principal facteur de succès des activités de la Bourse de croissance TSX est le nombre de sociétés qui pourraient, après une période de croissance, accéder à une Bourse de niveau supérieur, telles les Bourses de Toronto, de New York ou NASDAQ. Il s'agit d'un marché dynamique qui présente des risques. Toutefois, grâce à des conseils judicieux et une gestion appropriée du risque, les investisseurs avertis peuvent y trouver leur compte, puisque les gains potentiels sont aussi élevés.

Les sociétés inscrites de la Bourse de croissance TSX sont une importante source de nouvelles inscriptions à la cote de la Bourse de Toronto, comme le démontre ce qui suit.

Voici quelques statistiques sur la Bourse de croissance TSX tirées de son site Web (www.tsx.com) :

- plus de 1 100 SCD y ont réalisé des opérations admissibles depuis 1987;
- depuis 1987, plus de 168 anciennes SCD sont maintenant inscrites à la cote des Bourses de niveau supérieur.

En 2004 (en huit mois) :

- au 31 août, 1 470 opérations de financement avaient eu lieu à la Bourse de croissance TSX pour de nouvelles émissions totalisant 2,8 milliards de dollars (pour toute l'année 2003, ce montant était de 2,38 milliards de dollars);
- au 31 août, la valeur moyenne de chaque opération de financement était de 1,95 M\$;
- au 31 août, 94 nouvelles sociétés étaient inscrites à la cote de la Bourse de croissance TSX et le programme des SCD a été à l'origine de 54 de ces nouvelles inscriptions, dont 16 au Québec;

(...suite)

entrée en vigueur le 17 janvier 2003. L'Autorité des marchés financiers entend revoir à l'automne 2005 ou dans un délai plus rapproché les modalités du programme, si elle le juge à propos.

- au 31 août, 45 opérations admissibles y ont été réalisées, dont sept au Québec;
- 34 % des émetteurs ayant migré de la Bourse de croissance à la Bourse de Toronto au cours des huit premiers mois de 2004 étaient des SCD.

Il est intéressant de noter qu'une partie significative du financement des sociétés inscrites à la cote de la Bourse de croissance TSX, subséquente à une inscription initiale⁸, provient de placements privés effectués par des particuliers ou des joueurs institutionnels. Le tableau qui suit illustre cela.

	FINANCEMENT SUR LA BOURSE DE CROISSANCE TSX			
	2001	2002	2003	2004 (au 31 août)
	<u>M\$</u>	<u>M\$</u>	<u>M\$</u>	<u>M\$</u>
Premiers appels publics	101	72	120	132
Placements privés	900	1 251	2 124	2 474
Appels publics additionnels	80	115	132	260
TOTAL	1 081	1 438	2 376	2 866

1.1.1. Investir dans le capital de risque public

Investir dans des sociétés de petite ou de micro capitalisation en émergence est un investissement à risque élevé. Un portefeuille équilibré où l'on retrouve cette catégorie d'investissement peut avoir un rendement supérieur. Un gestionnaire de fonds indiquait récemment que dans sa stratégie d'allocation d'actifs, son portefeuille contenait la catégorie de sociétés de petite et de micro capitalisation canadienne. Le reste de son portefeuille lui donnait des rendements similaires à ceux réalisés par ses

⁸ Pol. 1.1(1.2) déf. « inscription initiale » : « s'entend de l'inscription d'un émetteur à la Bourse à la suite d'un premier appel public à l'épargne ou du dépôt d'une demande d'inscription par un émetteur dont les titres se négociaient auparavant sur un autre marché boursier ».

concurrents, soit une performance sensiblement égale à celle des indices boursiers. Par ailleurs, le rendement de son portefeuille se distinguait favorablement de sa compétition, parce qu'il contenait cette catégorie d'actifs.

Aussi, certains conseillers financiers se spécialisent dans ce type de titres de participation. Des investisseurs, qui gèrent eux-mêmes leurs allocations d'actifs, confient à ces conseillers une portion de leurs épargnes.

Les placements dans la petite capitalisation, et la micro capitalisation, requièrent généralement une gestion active du portefeuille. En effet, la rareté d'analystes et de recherches continues sur les sociétés publiques de cette catégorie impose au gestionnaire ou au conseiller financier une implication directe dans l'étude de la situation des entreprises recommandées.

Le rendement d'un portefeuille de placements d'une société de capital de risque privé se fonde sur l'hypothèse que certains placements seront des désastres, une autre partie ne produira pas des rendements spectaculaires, alors que d'autres produiront des rendements exceptionnels. Suivant la théorie des risques assumés, un tel portefeuille devrait produire un rendement supérieur aux placements dans des titres de sociétés plus matures. L'investisseur type aura un portefeuille diversifié de titres dans cette catégorie d'actif. À moins d'une gestion professionnelle des placements, il s'agit d'une allocation à moyen et long terme des positions prises.

Celui qui investit dans le capital de telles sociétés est dans la même situation que celle des sociétés de capital de risque privées. Certaines sociétés de capital de risque, selon leur mission, investiront dans le capital de société en démarrage appelé en anglais *seed money*, d'autres le feront dans le capital de sociétés qui ont atteint la phase de commercialisation sans historique de profitabilité, et d'autres n'investissent que dans des sociétés qui démontrent déjà une rentabilité historique.

L'investisseur de capital de risque public qui souscrira au PAPE d'une SCD peut se retrouver dans l'une des situations qui suivent⁹. La première est celle de la SCD qui n'a pas identifié de cible spécifique (*blind pool*)

⁹ Soulignons ici que le titre de ce programme peut être équivoque. Il s'agit d'un programme visant à favoriser l'inscription en Bourse, il ne s'agit donc pas de sociétés en démarrage telles qu'elles sont comprises par l'industrie du capital de risque. De fait, peu ou pas de sociétés qui démarrent font leur inscription à la cote de la Bourse de croissance TSX.

constituée par des promoteurs et administrateurs qui démontrent qu'ils ont la capacité d'identifier et d'acquérir une cible à potentiel intéressant et qu'ils possèdent une expérience positive au sein de conseils d'administration de sociétés inscrites à la cote d'une Bourse. Dans ces cas, l'investisseur du public s'en remet entièrement aux administrateurs quant à la décision d'investir dans une société plutôt qu'une autre.

Dans le second cas, la SCD aura aussi un tel conseil d'administration. Par ailleurs, elle aura déjà identifié une cible potentielle, généralement décrite de façon sommaire sur une ou deux pages dans le prospectus de son PAPE. Malgré cette divulgation, aucune garantie n'est donnée qu'une transaction aura lieu avec cette cible et qu'une autre cible pourrait être retenue. En effet, après une vérification diligente ou des négociations infructueuses avec une cible, la SCD pourrait décider de ne pas compléter de transaction avec cette cible.

Finalement, certains investisseurs préféreront investir dans la société résultante du regroupement d'une SCD et d'une cible, lors de son opération admissible ou plus tard.

1.1.2. Valorisation et capital de risque public

Les études démontrent que le capital de risque public est une composante essentielle dans la chaîne de valorisation de nos entreprises. Sur le sujet, des auteurs écrivent :

« A well developed stock market that permits venture capitalists to exit through an initial public offering (IPO) is critical to the existence of a vibrant venture capital market¹⁰. »

L'objectif premier de toute entreprise est la valorisation de l'épargne que lui confient ses actionnaires. Pour ce faire, elle doit effectuer une allocation efficace des ressources de l'entreprise.

Il est vrai que les exigences financières de transparence et de gouvernance d'une société publique peuvent ne pas correspondre à la taille, au type d'entreprise et à la personnalité des propriétaires d'une société. Par ailleurs, la valeur marchande d'une société dont les titres sont inscrits à la

¹⁰ Bernard S. BLACK et Ronald J. GILSON, « Venture Capital and the Structure of Capital Markets: Banks Versus Stock Markets », (1998), vol. 47, n° 3 *Journal of Financial Economics* 243-277.

cote d'une Bourse bien organisée, sur laquelle on retrouve les liquidités appropriées, est généralement plus grande que celle d'une société dont les titres ne sont pas librement négociables. Par ailleurs, il est clair qu'ultimement la valorisation de l'investissement des actionnaires passe par une inscription en Bourse, lorsque c'est possible.

Cette démonstration est très facile. Il suffit de comparer les multiples du cours sur les bénéfices des sociétés non inscrites à ceux des sociétés inscrites. Généralement, pour les sociétés non inscrites, ils se situent entre cinq et sept fois les bénéfices. Dans le cas des sociétés inscrites, ils sont généralement de plus de 10 fois. Cet écart est principalement causé par l'absence de la négociabilité des titres de sociétés non inscrites¹¹. Les investisseurs sont prêts à payer plus cher pour des actions librement négociables que pour des titres d'une société non inscrite dont on ne connaît pas le moment et le moyen précis qui permettront de monnayer son placement. Aussi, notons que le niveau de liquidité du titre d'une société inscrite est tributaire de l'importance de la distribution de ses titres sur le marché public des capitaux.

Il est intéressant de constater que malheureusement, au Québec, on compte peu d'investisseurs dits institutionnels¹² et qu'il y a une absence

¹¹ Bernard LAUZON et Miriam POZZA, « Escompte pour absence de négociabilité », (1998), vol. 20, n° 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 571-591, p. 574, écrivent sur le sujet :

« Christopher Z. Mercer [...] élabore sur cette définition en expliquant davantage ce qu'est l'escompte pour absence de négociabilité : théoriquement, l'escompte pour absence de négociabilité est l'escompte nécessaire qui produira une plus-value suffisante à un acheteur potentiel d'une participation minoritaire d'une société privée et l'incitera à faire cet investissement plutôt que d'investir dans une société identique, exception faite de sa négociabilité. Autrement dit, si on pouvait prévoir les rendements de deux investissements, l'un dans un marché actif et l'autre dans un marché inactif, toute chose étant égale, un investisseur averti paierait moins pour les titres non négociables que ceux négociables.

M. Mercer explique également que le fondement d'appliquer un escompte pour absence de négociabilité provient d'une absence de liquidité et du risque inhérent s'y rattachant. Les risques associés à l'absence de liquidité comprennent l'incapacité de se départir d'une participation dans une société ou une industrie en décroissance ainsi que l'incapacité pour un investisseur de se départir de sa participation s'il a besoin de liquidité. On associe donc à cette absence de liquidité un risque important tant à l'acheteur qu'au vendeur de titres hypothétiques ou réels dans une société privée ».

¹² C'est-à-dire des fonds d'investissement supportés par des fortunes familiales, régimes de pension, sociétés d'assurances et autres institutions d'épargne.

criante de conseillers et de courtiers voués à la capitalisation des sociétés de petite et de micro capitalisation.

Une des raisons de cette situation serait le trop grand espace qu'occupait, jusqu'à récemment, le capital de risque quasi gouvernemental québécois¹³.

¹³ Sur le sujet, on peut lire dans le Rapport du groupe de travail sur le rôle de l'État québécois dans le capital de risque, 10 juillet 2003, p. 18 :

« Une place prépondérante du secteur public - Les efforts importants que le gouvernement du Québec a consentis au cours des dernières années en appui au financement des entreprises ont fait que la place du secteur public dans le marché québécois du capital de risque a crû notablement, si bien qu'elle est devenue prépondérante.

Ainsi, en 2002, quelque 70 % des montants investis en capital de risque au Québec ont un caractère "public", qu'ils proviennent des sociétés d'État ou de fonds bénéficiant de mesures fiscales. La situation en Ontario est complètement différente alors que la proportion équivalente est d'environ 30 %.

Par ailleurs, la situation québécoise se distingue également de celle de l'Ontario en ce que la proportion de capital étranger investi en capital de risque y est près de quatre fois moins importante, soit environ 10 % par rapport à 40 % en Ontario.

Une approche qui vient fausser les règles du marché - La présence importante du secteur public dans le marché québécois fait qu'une forte proportion des investisseurs poursuit des objectifs autres que le rendement, en ayant comme principal mandat la création d'emploi et le développement économique.

Cette approche ne tient pas compte des règles usuelles du marché et rend beaucoup plus frileux et hésitants les investisseurs privés et étrangers, qui tendent tout naturellement à s'associer à des gestionnaires de fonds d'expérience ayant comme objectif le rendement. »

À la page 38 :

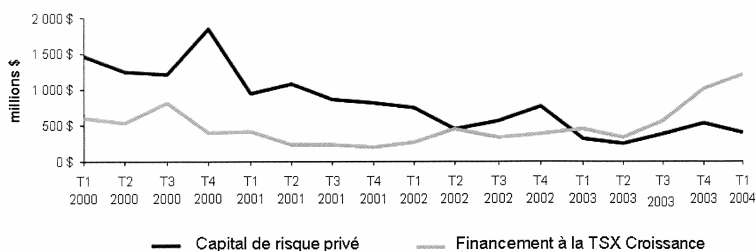
« Faible présence du secteur privé - A posteriori, on constate que la présence de sociétés comme les Innovatech, qui se sont vu consentir des fonds publics importants, n'a pas laissé l'espace qui aurait permis l'émergence d'un secteur privé d'une ampleur notable dans le créneau de l'offre de capital de risque pour les entreprises des secteurs des sciences de la santé et des technologies de l'information.

Cependant, ceci ne signifie certainement pas que le secteur public doive se retirer complètement de ce domaine d'activité. Il apparaît en effet clair que le niveau de risque élevé qui est associé au financement des entreprises de haute technologie en situation d'amorçage ou de démarrage, de même que l'entreprise et les compétences particulières qui sont nécessaires pour obtenir du succès dans ce créneau, justifient pleinement une forme d'intervention publique venant appuyer le secteur privé dans ce domaine. »

(à suivre...)

Actuellement, le retrait des marchés de joueurs significatifs québécois voués au financement des sociétés en émergence a laissé plusieurs stratégies d'entreprises en plan. Par ailleurs, on constate que de nouveaux joueurs du capital de risque public contribuent à combler le vide créé. Un de ceux-ci, la Bourse de croissance TSX, a fait récemment son entrée au Québec. Une des solutions proposées par la Bourse de croissance TSX au financement de la PME québécoise est le programme des SCD.

Financement du capital de risque canadien



Sources : Services de recherche du Groupe TSX et Macdonald & Associates, mars 2004

Bien que le programme des SCD ne soit en vigueur au Québec que depuis novembre 2002, celui-ci a obtenu sa juste part des SCD au Canada.

(...suite)

À la page 39 :

« Deux carences spécifiques de l'offre de capital de risque - Les observations récentes au sujet de l'industrie du capital de risque au Québec font ressortir que, si l'offre de capital de risque paraît suffisante pour les entreprises des secteurs des technologies de l'information et des biotechnologies en situation de croissance, on note cependant deux carences spécifiques dans la chaîne de financement :

- une première pour les entreprises en situation d'amorçage ou de démarrage;
- une deuxième pour les entreprises requérant des rondes de financement de taille importante (plus de 20 millions de dollars), au moment où elles atteignent l'étape de l'expansion qui coïncide généralement avec celle de la commercialisation de leurs produits. »

NOUVELLES SOCIÉTÉS DE CAPITAL DE DÉMARRAGE PAR PROVINCE						
Province	2004 (au 31 août)		2003		2002	
	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%
Québec	16	30	10	34	8	18
Ontario	11	20	6	21	7	16
Colombie-Britannique	7	13	4	14	10	22
Alberta	18	33	8	28	16	36

Il est intéressant de noter qu'en 2004, le montant moyen des financements complétés par les sociétés inscrites à la cote de la Bourse de croissance TSX est de 1,95 M\$.

1.2. ASSUMATION DU RISQUE D'UNE OPÉRATION DE MISE EN BOURSE

L'inscription de titres d'une société à la cote de la Bourse s'effectue généralement, soit dans le cadre :

- d'un PAPE;
- d'une opération admissible avec une SCD;
- d'une prise de contrôle inversée (ci-après « PCI »).

Les autres méthodes d'inscription sont généralement le regroupement d'éléments d'actif ou le regroupement avec une société déjà inscrite, soit une SCD ou autre entité inscrite à la cote, qui fait en sorte que la société résultante satisfait aux conditions minimales d'inscription d'une Bourse.

Si le véhicule retenu est une société qui n'est plus inscrite mais qui a déjà effectué un PAPE et qui ne satisfait plus aux conditions d'inscription, telles que les liquidités minimales, le niveau d'activité et les exigences d'information continue¹⁴, celle-ci est généralement réactivée par une réinjection de capitaux, la rectification des irrégularités relatives à

¹⁴ Pol. 3.2 « Exigences en matière de dépôt et information continue » et art. 73 et suiv. L.V.M.Q.

l'information continue et le paiement des droits auprès de la Bourse et des autorités réglementaires¹⁵.

Par exemple, elle pourrait avoir le nombre minimal d'actionnaires du public mais ne pas satisfaire aux conditions relatives à son actif minimal. Une nouvelle souscription, par voie de placement privé ou d'un appel public à l'épargne par voie de prospectus, pourrait permettre de respecter les conditions relatives à l'actif corporel net minimal.

L'attrait principal de ces véhicules est qu'ils remplissent l'une des conditions minimales d'inscription et de maintien de l'inscription, soit le flottant¹⁶ et le nombre d'actionnaires du public requis. Par exemple, la Bourse de croissance TSX requiert, entre autres, un flottant composé d'au moins 200 actionnaires du public représentant 20 % des actions en circulation émises dont 10 % ne font pas l'objet de restrictions à la revente¹⁷. Par ailleurs, la Bourse de Toronto exige plutôt 300 actionnaires¹⁸.

On peut également utiliser un véhicule qui est inscrit. Il y a ici deux types de véhicules, les SCD et les autres. Les seconds sont généralement des entités qui ont déjà eu des activités fréquemment reliées au secteur minier. Leur utilisation requiert une sérieuse vérification diligente qui conclut rarement à l'absence totale de risques issus des activités antérieures. On prend alors la décision d'utiliser un tel véhicule sur la base de l'improbabilité d'un passif éventuel.

La SCD est un véhicule qui a précisément pour but d'accompagner une société active souhaitant s'inscrire à la cote d'une Bourse¹⁹. Il s'agit d'une

¹⁵ Les Politiques 2.6, 5.2 et 5.4 ainsi que les politiques de NEX encadrent de telles opérations.

¹⁶ Pol. 1.1(1.2) déf. « flottant » : « s'entend des actions inscrites de l'émetteur qui sont détenues par des actionnaires publics et qui ne font pas l'objet de restrictions relatives à la revente. »

¹⁷ Pol. 2.1(5) sur la répartition des titres dans le public.

¹⁸ Politique de Toronto, *Guide à l'intention des sociétés de la Bourse de Toronto*, partie III, « Exigences d'inscription initiale à la Bourse de Toronto ».

¹⁹ Sur le sujet, la Politique 2.4 précise : « La présente politique s'applique à l'émetteur qui souhaite s'inscrire à la Bourse à titre de société de capital de démarrage (SCD). La Bourse a conçu son programme comme un véhicule de financement pour donner aux sociétés l'occasion d'obtenir du financement à un stade de leur développement antérieur à celui qu'elles doivent habituellement atteindre avant de faire un premier appel public à l'épargne. Le programme de SCD permet à des sociétés nouvellement
(à suivre...)

société qui n'a pas eu d'autres activités. Sa mission est « le repérage et l'évaluation d'éléments d'actif ou d'entreprises en vue de réaliser une opération admissible »²⁰, elle ne peut exercer aucune autre activité. Aussi, une SCD ne peut engager ses ressources qu'aux fins de réaliser sa mission.

Les fonds levés par une SCD doivent être utilisés aux fins de réaliser une opération de mise en Bourse, soit son « opération admissible ». En pratique, les sommes dépensées par les SCD avant l'opération admissible varieront d'une société à une autre²¹.

Il s'agit de frais qui ne sont engagés qu'aux fins de réaliser la mission de la SCD, soit la réalisation d'une opération admissible généralement dans les 18 mois de son inscription à la cote de la Bourse²², et qui comprennent les honoraires des vérificateurs et des conseillers juridiques, les commissions du placeur pour compte et les débours à des personnes n'ayant pas de liens de dépendance avec la SCD et la société visée. Sous réserve de dispense, le

(...suite)

créées, ayant leur encaisse comme seul actif et n'ayant pas commencé leurs activités commerciales, de réaliser un premier appel public à l'épargne et de s'inscrire à la Bourse. La SCD peut ensuite recourir aux fonds qu'elle a mobilisés pour repérer et évaluer les éléments d'actif ou les entreprises qui, une fois acquis, lui permettront de s'inscrire à la Bourse à titre d'émetteur régulier des groupes 1 ou 2. » (Pol. 2.4 Intro)

²⁰ Sur les activités d'une SCD, la Politique 2.4, par. 3 précise : « Les seules activités qu'une SCD peut exercer sont le repérage et l'évaluation d'éléments d'actif ou d'entreprises en vue de réaliser une opération admissible. Jusqu'à la date de réalisation de l'opération admissible, une SCD ne peut exercer aucune autre activité que le repérage et l'évaluation d'éléments d'actif importants ou d'entreprises en vue de réaliser un projet d'opération admissible. »; Pol. 2.4(1.1) déf. « éléments d'actif importants » : « des éléments d'actif ou des entreprises qui, une fois acquis par la SCD par suite de la conclusion d'un achat, de la levée d'une option ou d'une autre acquisition, et de toute autre opération concomitante, feraient en sorte que la SCD satisferait aux exigences minimales d'inscription. »

²¹ Sous réserve de l'approbation préalable de la Bourse, notons que des prêts garantis et avances pouvant totaliser 250 000 \$ peuvent être consentis à une société visée par une éventuelle opération admissible avant l'exécution complète de celle-ci si les conditions suivantes sont réunies : i) l'opération admissible a été annoncée par communiqué de presse; ii) la vérification diligente relative à l'opération admissible a été entreprise et en est à un stade avancé; iii) les services d'un parrain ont été retenus; et iv) l'avance a été annoncée par voie de communiqué de presse au moins 15 jours avant la date d'une telle avance. (Pol. 2.4(8.5))

²² Pol. 2.4(11.2) et (14.6)a); la Bourse peut exercer sa discrétion et porter ce délai à 24 mois, voir aussi notre discussion sur l'entiercement.

montant de certains des frais engagés par la SCD avant la date de réalisation de l'opération admissible est limité²³.

Après le PAPE, la SCD doit respecter les règles relativement au placement des fonds non encore utilisés²⁴.

En pratique, tous les frais du PAPE, de l'opération admissible et les frais administratifs de la SCD sont assumés par la SCD. Cela fait en sorte qu'advenant le cas où la mise en Bourse dans le cadre d'une opération admissible avec la société visée n'est pas complétée, cette dernière n'aura pas à subir les principaux coûts de cet échec. Cette assumption du risque financier par la SCD et non par la société visée est l'un des attraits déterminants de ce type de financement public pour la PME.

Dans le cas de l'utilisation d'entités inscrites autres qu'une SCD, aux fins d'une opération de mise en Bourse, le niveau réel du risque financier assumé par la société souhaitant faire son entrée en Bourse dépendra du

²³ Pol. 2.4(8); la SCD ne peut effectuer, directement ou indirectement, quelque paiement que ce soit aux personnes ayant un lien de dépendance avec elle, aux personnes ayant un lien de dépendance et qui soient partie à l'opération admissible ou aux personnes s'occupant des relations avec les investisseurs à l'égard de la SCD, des titres de celle-ci ou d'un émetteur résultant. La SCD peut toutefois rembourser à une personne ayant un lien de dépendance avec elle certaines dépenses énumérées dans la politique. La SCD peut payer les dépenses engagées pour la réalisation d'évaluations, la rédaction de plan d'affaires, la réalisation d'études de faisabilité et d'évaluations techniques, la réalisation du rapport du parrain, la préparation d'états financiers et la prestation de services juridiques ou de services comptables, dans le contexte du repérage et de l'évaluation d'éléments d'actif et d'entreprises et de la préparation d'une circulaire, d'une déclaration de changement à l'inscription ou d'un prospectus concomitant à l'égard du projet d'opération admissible. Sous réserve d'une dispense, le SCD ne peut affecter avant l'opération admissible plus du moindre de 30 % du produit brut tiré de la vente de ses titres et 210 000 \$ au paiement : i) des droits d'inscription et de dépôt; ii) de la rémunération, des frais et des commissions du placeur pour compte; iii) des autres frais liés à l'émission de titres, notamment les frais juridiques et les frais de vérification relatifs à la préparation et au dépôt du prospectus de la SCD; et iv) de ses frais généraux et administratifs. Lorsque le premier appel public à l'épargne de la SCD atteint 1 000 000 \$, la Bourse permet généralement à la SCD de payer jusqu'à concurrence de 300 000 \$ de frais mentionnés précédemment.

²⁴ Pol. 2.4(8.6); jusqu'à ce que la SCD en ait besoin, le produit net du placement doit être investi dans des titres émis ou garantis par le gouvernement du Canada ou d'une province ou d'un territoire du Canada ou le gouvernement des États-Unis, dans des certificats de dépôt ou des comptes portant intérêt détenus auprès de banques, sociétés de fiducie ou coopératives de crédit canadiennes.

résultat des négociations entre les parties quant au risque financier qu'elle assumera avant son inscription à la cote.

1.2.1. Encadrement des placements par les sociétés de capital de risque privées

Voyons brièvement l'encadrement juridique des placements par les sociétés d'investissement de capital de risque privées qui investissent dans des sociétés non inscrites²⁵ en regard de celles qui investissent dans le capital de sociétés cotées²⁶.

Dans le cas d'investissements dans le capital de sociétés non inscrites, l'investisseur n'a pas, à court terme, la capacité de disposer de sa participation. Son investissement est rattaché à une série d'ententes et de mécanismes visant, dans la mesure du possible, à lui procurer éventuellement un acheteur pour sa participation. En pratique, le résultat est une série d'ententes, principalement une convention entre actionnaires qui va au-delà des clauses relatives à un désinvestissement éventuel. On y retrouve invariablement une série de dispositions contraignantes sur la gérance, sur le financement de la société et l'aliénation d'actions.

Les fonds qui investissent dans le capital d'une société inscrite peuvent rapidement monétiser leur participation. Dans la catégorie d'investisseurs qui participent au capital de PME publiques, on retrouve une première catégorie de fonds d'investissements qui ne souhaitent pas devenir des initiés au sens de la législation sur les valeurs mobilières. Ceux-ci veulent pouvoir diminuer ou augmenter leur participation dans le capital d'une société sans avoir l'obligation de divulguer leurs transactions²⁷. On vise à investir et désinvestir sans devoir le justifier au marché et sans conséquences directes sur l'image de la société. Généralement, ces fonds ne requièrent pas et ne souhaitent pas encadrer leurs investissements par des conventions particulières, telle une convention entre actionnaires. La gestion active de leurs placements prend la forme de visites et de conseils divers. Ces fonds ne requièrent pas toujours un siège au conseil d'administration des sociétés en portefeuille. En d'autres mots, le désintéressement prend la forme d'une vente pure et simple des titres de la société inscrite.

²⁵ Tels les fonds de travailleurs, fortunes familiales et autres fonds de capital de risque privé voués aux sociétés non inscrites.

²⁶ Telles Sipar – Société d'investissements et participations inc. et Natcan.

²⁷ Principalement les obligations de déclaration des initiés, art. 89 et suiv. L.V.M.Q.

D'autres fonds, même s'ils investissent dans le capital de sociétés inscrites, exigeront une participation majoritaire, un siège au conseil d'administration ou un certain encadrement juridique dont les droits se retrouveront généralement dans une convention entre actionnaires ou autres instruments du même type²⁸.

1.2.2. Autres méthodes d'inscription

Dans la présente section, nous discuterons de la fiscalité de transactions effectuées à la Bourse de croissance TSX. À bien des égards, notre propos s'applique également aux PAPE de toute société. Par ailleurs, nous discuterons surtout des aspects fiscaux des autres méthodes d'inscription en Bourse et de financement.

D'entrée de jeu, notons que cette Bourse est unique quant à plusieurs aspects. Il s'agit donc d'une Bourse organisée et dédiée aux PME, qui a pour mission l'encadrement des sociétés inscrites à sa cote, afin de leur permettre de s'inscrire un jour principalement à la cote de la Bourse de Toronto, où l'on retrouve des sociétés de plus grande importance. Elle a donc des politiques, un encadrement et des programmes de formation propres aux sociétés en émergence.

L'inscription à la cote d'une Bourse par la voie d'un PAPE traditionnel, où des titres sont librement négociables, est généralement coûteuse et risquée²⁹. La Bourse de croissance TSX encadre et fait la promotion d'inscriptions en Bourse, autrement que par la voie d'un PAPE, par des moyens autres. Peut donc s'inscrire à sa cote une société qui satisfait à ses conditions d'inscription, soit grâce à un PAPE traditionnel, mais aussi par une PCI³⁰ avec des sociétés déjà inscrites, soit grâce à son programme des

²⁸ Il ne s'agit pas de conventions unanimes entre actionnaires restreignant le pouvoir des administrateurs, puisque les actionnaires du public ne sont pas partie à ces engagements, mais plutôt de conventions de vote entre certains actionnaires (*Voting Trust* ou *Pooling*) aux termes desquelles les signataires s'engagent les uns envers les autres à voter ensemble sur certaines résolutions.

²⁹ Aussi connu sous l'abréviation anglaise IPO (*Initial Public Offering*).

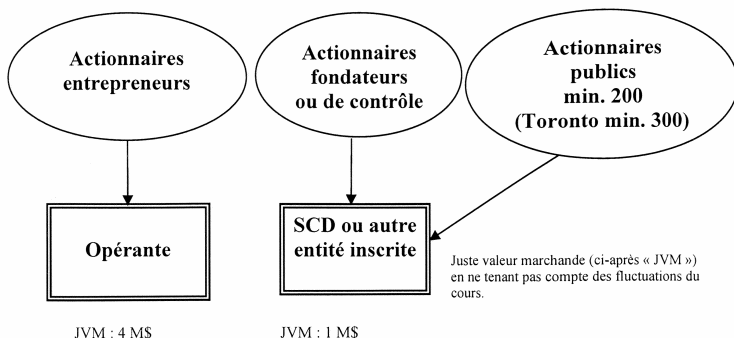
³⁰ Pol. 1.1(1.2) déf.; les politiques de la Bourse définissent comme suit une PCI (en anglais *reverse-take-over* (RTO) ou « *back door listing* ») : de façon générale, ce terme s'entend d'une opération dans le cadre de laquelle un émetteur émet de nouveaux titres afin d'acheter une autre société ou des éléments d'actifs importants [Pol. 2.4(1.1) déf.], et où les propriétaires de l'autre société ou des éléments d'actif prennent le contrôle de l'émetteur résultant d'une réorganisation; voir aussi la Politique 5.2 « Changements dans les activités et prises de contrôle inversées ».

SCD. En termes simples, il s'agit ici d'opérations de toutes sortes qui permettent à une entreprise de se regrouper avec une société déjà inscrite à la cote de la Bourse, de sorte que la société résultante puisse devenir un émetteur inscrit³¹.

Le droit à l'inscription de la société résultante sera acquis à la suite d'une série de transactions qui permettront de respecter les exigences minimales d'inscription à la cote³² et qui, pour y demeurer, devront réunir les conditions minimales de maintien de l'inscription³³. Pour y arriver, on procédera à l'achat d'éléments d'actif, un regroupement, une fusion, un arrangement ou toute autre opération.

Ce qui suit décrit une des façons d'arriver au résultat souhaité, soit l'inscription en Bourse des titres d'une société. Les diagrammes suivants illustrent la situation type d'une PCI, d'une SCD ou d'une autre entité déjà inscrite à la cote ou qui peut rapidement satisfaire aux conditions d'inscription, suivie possiblement d'un financement concomitant à l'opération :

Avant le regroupement

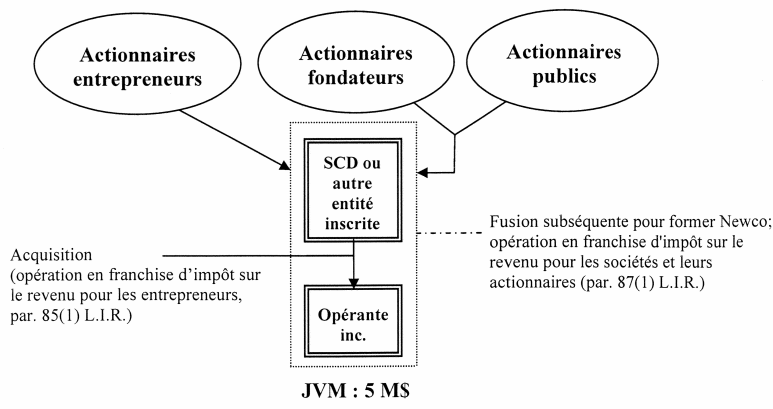


³¹ Pol. 1.1(1.2) déf., appelé dans le Guide un « émetteur », soit : « s'entend d'une société et de ses filiales ayant des titres à la cote de la Bourse aux fins de négociation et, si le contexte l'exige, de toute société qui demande l'inscription de ses titres à la cote de la Bourse. »

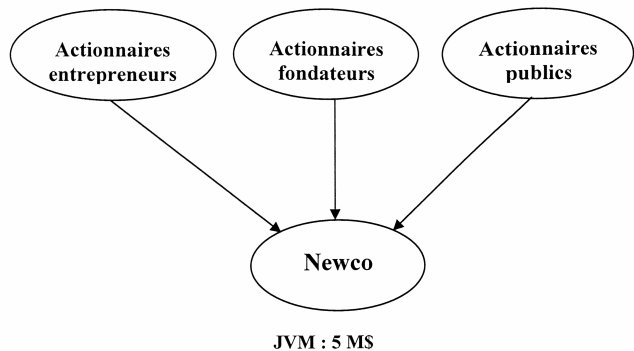
³² Pol. 2.1 « Exigences minimales d'inscription ».

³³ Pol. 2.5 « Exigences relatives au maintien de l'inscription dans le groupe et changement de groupe ».

Regroupement (opération admissible)³⁴

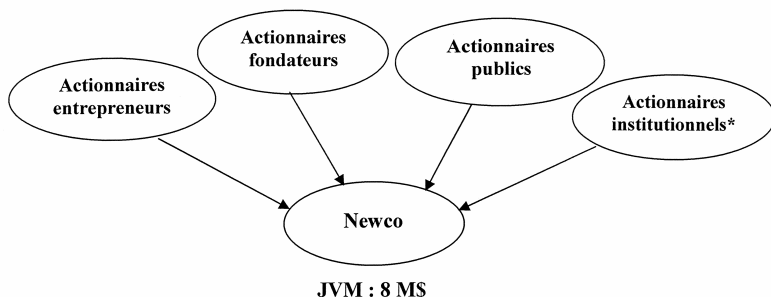


Résultat après le regroupement



³⁴ Opération admissible s'il s'agit d'une SCD ou, dans d'autres cas, il s'agira généralement de changements dans les activités ou une PCI. *Infra*, note 39.

Résultat après le second investissement (subséquent ou concomitant à l'opération admissible)



* Un investisseur institutionnel, tel un fonds d'investissement se spécialisant dans des placements dans le capital de sociétés de petite et micro capitalisation, souscrit à 3 M\$ d'actions de Newco.

Sont aussi visés par l'encadrement de la Bourse de croissance TSX les situations spéciales, tels les changements dans les activités, les changements de contrôle comme ils sont définis dans le Guide, les changements de direction et les autres changements importants relatifs à l'émetteur³⁵.

Nous discuterons donc de cette inscription ainsi que des transactions ultérieures des sociétés inscrites à la cote de la Bourse de croissance TSX. Nous examinerons brièvement aussi l'inscription à la cote de la Bourse de Toronto, à la cote d'une autre Bourse et des autres systèmes de transactions³⁶.

1.3. PROGRAMME DES SCD

Ce n'est que depuis le 15 novembre 2002 que les SCD peuvent effectuer un appel public à l'épargne auprès de Québécois³⁷. Déjà une trentaine de

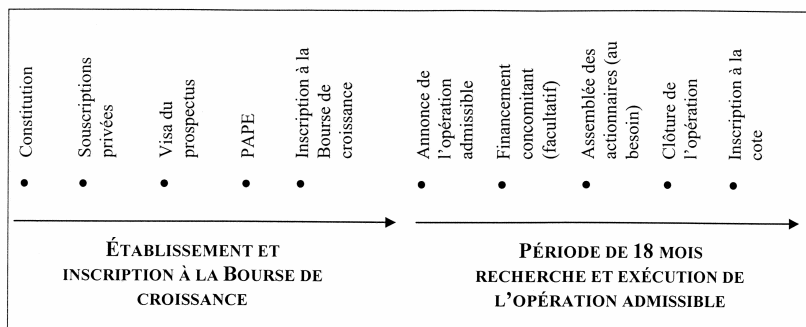
³⁵ Pol. 5.2 « Changements dans les activités et prises de contrôles inversées », Pol. 5.3 « Acquisitions et aliénations d'éléments d'actif hors caisse » et Pol. 5.9 « Offres par un initié, offres publiques de rachat, regroupements d'entreprises et opérations avec une personne liée ».

³⁶ Voir sur le sujet la Norme canadienne des autorités en valeurs mobilières 21-101 « Le fonctionnement des marchés », laquelle énonce les grands principes relatifs au marché des capitaux canadiens dont ses Bourses et ses systèmes transactionnels alternatifs.

³⁷ Auparavant, un tel appel public à l'épargne fait au Québec par de telles sociétés au Québec n'était pas possible. En effet, il existe une prohibition générale de procéder à (à suivre...)

sociétés ont déposé un prospectus auprès des autorités réglementaires et ont complété leur PAPE. Plusieurs d'entre elles ont complété ou annoncé leur opération admissible. Les fonds réunis par ces sociétés se situent entre 535 000 \$ et 2 M\$, avant leur opération admissible³⁸.

Le programme des SCD, dans sa forme actuelle ou ses formes précédentes, existe depuis nombre d'années déjà. En effet, le programme des SCD a été instauré il y a environ 15 ans, sous l'autorité des Bourses de l'Alberta, de la Colombie-Britannique et du Manitoba³⁹.



Sommairement, le programme des SCD fonctionne comme suit.

1.3.1. Première étape

Constitution

Une société est constituée par une mise de fonds initiale de 100 000 \$ à 500 000 \$ par les administrateurs et les dirigeants de la société, en

(...suite)

un appel public à l'épargne sans préciser l'emploi du produit du placement. Le programme est en vigueur au Québec pour trois ans et fera l'objet d'un examen à l'automne 2005 par l'Autorité des marchés financiers. De tels appels pouvaient être complétés en Colombie-Britannique, en Alberta, au Manitoba ou en Ontario (depuis juin 2002). Après l'inscription de ces sociétés, celles-ci pouvaient compléter une opération admissible avec une société québécoise.

³⁸ Auprès des promoteurs, des administrateurs, des fondateurs et leurs amis, des *accredited investors*, des fonds d'investissement et du public.

³⁹ Connu à différents moments sous les appellations de *Junior Capital Pool*, *Venture Capital Pool* et *Keystone Companies*.

contrepartie d'actions ordinaires appelées « actions de lancement »⁴⁰. Seules des actions ordinaires d'une seule catégorie peuvent être émises avant le PAPE⁴¹. Ces actions de lancement sont émises à escompte par rapport au prix des actions visées par le PAPE. Le prix minimal de l'action de lancement est égal au plus élevé de 0,05 \$ ou 50 % du prix des actions du PAPE⁴². À titre d'exemple, assumons que la souscription s'effectue au prix de 0,10 \$ l'action.

Notons, tel qu'il est décrit ci-après, que le programme des SCD est bâti sur l'hypothèse que le coût des actions des premières rondes de financement est plus bas pour tenir compte d'un risque plus élevé assumé par ses administrateurs fondateurs.

Chaque administrateur et dirigeant, directement ou par l'intermédiaire d'une société de fiducie ou de portefeuille qu'il contrôle, doit acheter des actions pour un montant minimal de 5 000 \$ et collectivement pour un montant totalisant au moins 100 000 \$⁴³. Tel qu'il est discuté ci-après, ceux-ci auront droit à des options d'achat d'actions ordinaires de la SCD⁴⁴. Les

⁴⁰ Pol. 2.4(3.2)e); Pol. 1.1(1.2) déf. « capitaux de lancement » ou « actions de lancement » : s'entend des « titres émis avant le premier appel public à l'épargne d'un émetteur ou par une société visée fermée, avant une prise de contrôle inversée, un changement dans les activités ou une opération admissible, que les titres soient assujettis à des restrictions relatives à la revente ou qu'ils se négocient librement ». D'autres personnes peuvent souscrire à des actions de lancement lorsque les premiers 100 000 \$ ont été fournis par les administrateurs.

⁴¹ Pol. 2.4(3.2)f); Pol. 2.4(1.1) déf. « actions ordinaires » : s'entend des « actions ordinaires comportant un seul droit de vote d'un émetteur ».

⁴² Pol. 2.4(3.2)d).

⁴³ Pol. 2.4(3.2)e); si l'acquisition s'effectue par l'entremise d'une société ou une fiducie de portefeuille, l'administrateur ou le dirigeant doit la contrôler. « Une personne exerce un contrôle sur une société de portefeuille si elle est propriétaire d'au moins 50 % des titres avec droit de vote en circulation de cette société ou, dans le cas d'une fiducie, si elle détient des intérêts véritables dans la fiducie. Les capitaux de lancement provenant de sociétés de fiducie ou de portefeuille seront répartis proportionnellement en fonction des pourcentages de propriété et des intérêts véritables des administrateurs ou des dirigeants concernés ou des membres de leur famille immédiate. » (Pol. 2.4(3.2)e)) Chacun doit être propriétaire véritable des actions de lancement, sinon la Bourse doit en être avisée. (Pol. 2.4(3.2)g))

⁴⁴ Pol. 2.4(7) et Pol. 4.4 « Options d'achat d'actions incitatives » ainsi que le Formulaire 4G « Résumé - Options d'achat d'actions incitative ». Les administrateurs et hauts dirigeants de la SCD ont le droit d'acquérir des actions (autrement dit des options) qui donneront droit d'acquérir jusqu'à concurrence de 10 % des actions ordinaires en circulation à la clôture du PAPE, au prix des actions du PAPE. Aussi, le placeur pour (à suivre...)

actions sous-jacentes aux options qui seront levées à compter de l'opération admissible ne seront pas entières⁴⁵.

Les actions de lancement émises à un prix inférieur à celui des actions du PAPE émises aux personnes ayant un lien de dépendance avec la SCD feront l'objet d'une convention d'entiercement dont le but est d'assurer le respect des règles du programme, notamment qu'une opération admissible soit réalisée dans les 18 mois suivant l'inscription de la SCD à la cote de la Bourse de croissance⁴⁶. Si une opération admissible n'est pas réalisée dans les délais impartis, leurs actions seront annulées⁴⁷.

Avant l'inscription d'une SCD, une lettre d'engagement de la SCD et de chacun de ses administrateurs et dirigeants doit être adressée à la Bourse de

(...suite)

compte peut obtenir des options d'achat d'actions au prix du PAPE. Le nombre maximum d'actions ordinaires qui peuvent être octroyées est égal à 10 % du nombre d'actions souscrites dans le cadre du PAPE. (Pol. 2.4(6.1)b)) Si elles sont acquises après l'opération admissible, les actions des administrateurs et hauts dirigeants ne sont pas entières. Les actions acquises à la suite de l'exercice des options octroyées au placeur pour compte ne sont pas entières. Le placeur pour compte doit lever les options au cours des 18 mois suivant la clôture du PAPE. (Pol. 2.4(6.1)d)) Par ailleurs, il ne peut pas vendre plus de 50 % des actions ainsi acquises avant l'opération admissible. (Pol. 2.4(6.2))

⁴⁵ Pol. 2.4(7.5). Par ailleurs, le prix de levée par action ordinaire ne peut être inférieur au prix des actions du PAPE. (Pol. 2.4(7.4))

⁴⁶ Pol. 2.4(14.6)a); à sa discrétion, la Bourse peut porter ce délai à 24 mois.

⁴⁷ Pol. 2.4(11) « personnes ayant un lien de dépendance »; les actions « entières » seront annulées par le dépositaire dès la publication par la Bourse d'un bulletin radiant la SCD de sa cote ou lors d'un transfert de l'inscription de la société du Groupe 2 de la Bourse à NEX, (Pol. 2.4(11.2)a)); Formulaire 2F « Convention d'entiercement de titres d'une société de capital de démarrage ». « Actions entières » s'entend : a) de la totalité des actions de lancement émises à un prix inférieur à celui des actions visées par le premier appel public à l'épargne; b) de la totalité des actions de lancement, des actions visées par le premier appel public à l'épargne et des titres nouveaux acquis après le premier appel public à l'épargne, mais avant la publication du bulletin final de la Bourse (à l'exception des actions acquises qui sont assujetties au paragraphe 11.6 et des actions acquises à la levée d'options d'achat d'actions qui doivent être entières en application du paragraphe 7.5) dont les personnes ayant un lien de dépendance avec la SCD sont, directement ou indirectement, les propriétaires véritables ou sur lesquels elles exercent un contrôle (tel que déterminé après le premier appel public à l'épargne); c) de la totalité des titres acquis sur le marché secondaire, par un actionnaire dominant avant la date de réalisation de l'opération admissible; Pol. 2.4(1.1), et les actions du PAPE sont celles offertes au public dans le cadre du premier appel public à l'épargne. (Pol. 2.4(1.1) déf.)

croissance TSX et aux commissions des valeurs mobilières concernées confirmant :

- qu'ils se conformeront aux restrictions prévues quant à l'utilisation des fonds réunis avant la réalisation de l'opération admissible;
- que, dans l'éventualité où la Bourse de croissance TSX radierait de la cote les actions de la SCD, on procédera, dans les 90 jours suivant cette radiation, à la dissolution de la SCD et à la répartition de ses biens au prorata de ses actionnaires, à moins que dans cette période, les actionnaires, par voie de vote à la majorité, à l'exclusion du vote des personnes ayant un lien de dépendance avec la SCD, approuvent une autre utilisation du reliquat des biens⁴⁸.

Également, tout nouvel administrateur ou dirigeant doit prendre le même engagement.

Souscriptions privées

Avant le PAPE, une somme maximale de 500 000 \$ peut être levée. Des actions ordinaires peuvent être souscrites par des personnes qui ne sont pas des administrateurs ou dirigeants de la SCD. Celles-ci, n'étant ni administrateurs ni dirigeants de la SCD, n'ont pas droit à des options d'achat d'actions⁴⁹. Ici aussi, puisqu'il s'agit d'actions de lancement, le prix minimal des actions ordinaires est égal au plus élevé de 0,05 \$ ou 50 % du prix des actions du PAPE⁵⁰.

Il est important de noter l'élément suivant : alors que la société est une société fermée au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec, ces souscriptions ne doivent pas constituer des appels publics à l'épargne. Tant que la société est fermée au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec, celle-ci ne peut effectuer d'appel public à l'épargne⁵¹, les personnes

⁴⁸ Pol. 2.4(3.3)a(ii) et (14.12); voir aussi Pol. 2.4(15.3)f(ii) sur l'engagement d'une SCD issue du regroupement de SCD.

⁴⁹ *Supra*, note 43.

⁵⁰ Pol. 2.4(3.2)d).

⁵¹ Art. 5 « société fermée » L.V.M.Q. : une société, autre qu'une société d'investissement à capital variable, dont les documents constitutifs prévoient des restrictions à la libre cession des actions, interdisent l'appel public à l'épargne et limitent le nombre des actionnaires à 50, déduction faite de ceux qui sont ou ont été salariés de la société ou d'une filiale. Par. 3(2) L.V.M.Q. : un placement par une (à suivre...)

qui pourront souscrire à des actions seront donc des personnes bien informées qui sont des parents ou de bonnes connaissances des administrateurs ou dirigeants⁵².

Dans les autres cas où il s'agirait d'un appel public à l'épargne, une dispense de prospectus est requise⁵³. Dans un premier temps, les statuts de l'émetteur devront être modifiés afin de permettre une telle opération. Généralement, on appelle une telle société une société ouverte. À ne pas confondre avec une société ouverte dont les titres sont inscrits à la cote d'une Bourse prescrite. Dans ces cas, il s'agit de sociétés ouvertes qui sont aussi des sociétés inscrites à la cote, appelées dans le Guide un « émetteur »⁵⁴.

Nous discuterons dans le présent document des notions fiscales de « société privée » et « société publique ». D'entrée de jeu, indiquons qu'une société privée est une société qui réside au Canada, n'est pas une société

(...suite)

société fermée qui ne va pas à l'encontre de ses documents constitutifs et qui n'est pas un appel public à l'épargne, est dispensé de l'application de plusieurs dispositions de la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec, notamment de l'obligation de placer ses titres par voie de prospectus, des obligations d'informations continues et des sanctions civiles et pénales relatives à un appel public à l'épargne.

⁵² La *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec ne définit pas la notion d'« appel public à l'épargne ». Il s'agit d'un concept développé par la jurisprudence. On considérera, notamment, qu'un souscripteur fait partie du public sur la base de la façon dont il a été approché par l'émetteur, sur sa relation avec les membres de la direction de l'émetteur et sur la capacité du souscripteur d'avoir accès à l'information pertinente sur l'émetteur sans le bénéfice d'un prospectus. Ainsi, pour éviter qu'un placement constitue un appel public à l'épargne, nous recommandons fortement de ne solliciter que des souscripteurs ayant des liens étroits d'intimité avec au moins un des dirigeants. Voir aussi P. Mario CHARPENTIER, Daniel LACHAPELLE, Robert Y. GIRARD et André ROY, « Étude de cas A - Premier appel public à l'épargne », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 44:1-131, aux pages 44:12-14.

⁵³ Les principales dispenses utilisées sont celles des blocs de plus de 150 000 \$ de l'article 51 L.V.M.Q. ou celle de la récente dispense pour les *accredited investors*. Sommairement, dans le second cas, il s'agit de personnes ayant seul un revenu annuel avant impôt de plus de 200 000 \$ ou de 300 000 \$ avec un conjoint, ou dont la valeur nette du patrimoine est de plus de 1 000 000 \$. Avis publié dans le *Bulletin de l'Autorité des marchés financiers*, 23 avril 2004, relativement aux dispenses concernant le placement de titres auprès d'*Accredited Investors* au sens du *Multilateral Instrument 45-103 - Capital Raising Exemption*. Veuillez noter que le *Multilateral Instrument 45-103* n'est pas en vigueur au Québec et, en conséquence, n'existe qu'en version anglaise.

⁵⁴ Pol. 1.1(1.2) déf. « émetteur ».

publique⁵⁵ et n'est pas contrôlée par une ou des sociétés publiques ou sociétés d'État. Généralement, une société publique est une société dont une catégorie d'actions de son capital-actions est cotée à une Bourse de valeurs au Canada prescrite ou qui fait le choix d'être publique ou qui a été désignée comme telle par le ministre du Revenu.

Nous verrons que nos lois relativement à l'impôt sur le revenu n'accordent certains avantages qu'aux sociétés privées, donc à celles qui ne sont pas inscrites à la cote de certaines Bourses.

PAPE par voie de prospectus

La SCD effectue un premier appel à l'épargne par voie de prospectus auprès du public en émettant des actions ordinaires à un prix égal au double du prix des actions de lancement⁵⁶. Dans notre exemple, le prix des actions du PAPE serait de 0,20 \$, soit le double du prix des actions de lancement.

Les fonds globaux réunis en contrepartie d'actions visées par le PAPE ne doivent pas être inférieurs à 200 000 \$ ou supérieurs à 1,9 M\$⁵⁷. Les fonds globaux réunis, avant l'inscription en Bourse, en contrepartie d'actions de lancement, d'actions émises lors d'un PAPE et celles provenant d'émissions d'actions lors d'un placement privé avant l'opération admissible⁵⁸ ne peuvent excéder 2 M\$ ou être inférieurs à 300 000 \$. Notons qu'il peut y avoir des placements supplémentaires lors de l'opération admissible et que ceux-ci ne sont pas assujettis à ces limites.

Le placement doit s'effectuer auprès d'au moins 200 actionnaires provenant du public⁵⁹. Cela a pour but d'assurer une distribution parmi un

⁵⁵ « Société privée » et « société publique » sont définies au paragraphe 248(1) L.I.R. qui renvoie aux définitions du paragraphe 89(1) L.I.R. et aux articles 3200 et 4800 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

⁵⁶ Le prospectus doit être rédigé conformément au Formulaire 3A « Information à fournir dans un prospectus de société de capital de démarrage » du Guide plutôt qu'à l'Institution générale québécoise Q-28 en raison de la décision 2003-C-0015 de la Commission des valeurs mobilières du Québec, décrite à la note 7.

⁵⁷ Pol. 2.4(3.2)i); voir également *supra*, note 24.

⁵⁸ Pol. 2.4(3.2)e), i) et j).

⁵⁹ Pol. 2.4 (3.2)k) et l); une fois qu'elle a complété son PAPE, la SCD doit compter 200 actionnaires qui sont chacun propriétaire d'au moins 1 000 actions ordinaires libres de toute restriction à la revente. Le « flottant » (Pol. 1.1(1.2) déf.), c'est-à-dire les actions (à suivre...)

nombre suffisant d'actionnaires, pour créer un marché pour les titres de la SCD.

Dans le cadre du PAPE, le nombre maximal d'actions qu'un acheteur peut souscrire est limité à 2 % du nombre d'actions visées par le PAPE⁶⁰. Ce pourcentage est de 4 % si l'acheteur achète ses actions conjointement avec les personnes qui ont un lien avec celui-ci⁶¹.

Administrateurs et dirigeants de la SCD

Une SCD n'a à son actif que les fonds réunis ainsi que son équipe d'administrateurs et de dirigeants. Le programme des SCD repose sur la qualité de ceux-ci et accorde donc beaucoup d'importance à leur choix. Les administrateurs et dirigeants doivent être résidents du Canada, des États-Unis ou être des personnes ayant une expérience positive auprès d'une société ouverte assujettie à un cadre réglementaire comparable à celui d'une Bourse de valeurs au Canada⁶². Les administrateurs doivent démontrer que, collectivement, ils peuvent repérer les éléments d'actif importants, les analyser et exécuter une opération admissible. Les facteurs et l'information qu'utilisera la Bourse de croissance TSX pour établir si ces conditions sont respectées sont les suivants :

- des antécédents positifs auprès des petites entreprises, comme en fait foi la croissance de ces sociétés;
- la capacité de réunir des capitaux additionnels;
- un dossier favorable de gouvernance d'entreprise et de respect de la législation sur les valeurs mobilières;
- une connaissance technique d'un secteur d'activité, au besoin;
- la capacité de déceler des occasions appropriées d'acquisition et d'y donner suite;

(...suite)

détenues par le public sans restriction à la revente, doit être composé d'au moins un million d'actions ordinaires émises et en circulation.

⁶⁰ Pol. 2.4(3.2)m).

⁶¹ Pol. 2.4(3.2)n).

⁶² Pol. 2.4(3.2)a) à c).

- une expérience positive à titre d'administrateur ou de dirigeant de sociétés ouvertes canadiennes ou américaines, démontrée par la croissance de celles-ci ou une inscription à une Bourse de niveau supérieur telle que le TSE, le NYSE ou NASDAQ⁶³.

Notons que chaque administrateur fera l'objet d'une enquête approfondie par les autorités de réglementation⁶⁴.

Régime incitatif d'options

Des options d'achat d'actions incitatives de la SCD ne peuvent être accordées qu'à ses administrateurs et dirigeants et, dans certains cas, à ses consultants techniques⁶⁵. Les options ne peuvent excéder 10 % des actions ordinaires en circulation après le PAPE⁶⁶. Notons aussi que des options d'achat d'actions peuvent être accordées au placeur pour compte, tel qu'il a été discuté ci-dessus.

Une personne seule ne peut détenir des options portant sur plus de 5 % des actions ordinaires en circulation après le PAPE⁶⁷. Ce pourcentage est de 2 % dans le cas du consultant technique⁶⁸. Le prix d'exercice ne peut être inférieur au prix des actions visées par le PAPE ou au cours escompté au moment de l'octroi, selon le plus élevé des deux⁶⁹.

La répartition des options se fait à la discrétion de la SCD. En pratique, les administrateurs et dirigeants assumant le plus de responsabilités reçoivent un plus grand nombre de droits d'acquérir des actions.

⁶³ Pol. 2.4(3.2)c).

⁶⁴ Entre autres, une enquête par la Police provinciale de l'Ontario est effectuée afin de vérifier la probité des administrateurs et dirigeants. Voir les formulaires 2A « Formulaire de renseignements personnels » et 2C1 « Déclaration solennelle » du Guide ainsi que le Formulaire 4 de l'Autorité des marchés financiers du Québec.

⁶⁵ Pol. 2.4(7.1).

⁶⁶ Pol. 2.4(7.1); aucune option ne peut être octroyée à une personne qui s'occupe de relations avec les investisseurs. (Pol. 2.4(7.3))

⁶⁷ Pol. 2.4(7.2); autrement dit, 50 % des options d'achat d'actions incitatives.

⁶⁸ Pol. 2.4(7.2).

⁶⁹ Pol. 2.4(7.4).

À l'exception du placeur pour compte, aucun titulaire d'options ne peut les lever avant la réalisation de l'opération admissible, à moins qu'il n'accepte par écrit d'entiercer les actions ainsi acquises avant la réalisation de l'opération admissible⁷⁰.

Prospectus de la SCD

Le prospectus du PAPE d'une SCD est un court document en grande partie standardisé d'environ 30 pages⁷¹. Une SCD se distingue d'une autre principalement par son conseil d'administration, ses actionnaires de lancement et les sommes levées auprès de ceux-ci, si elle a ou non identifié une société ou des actifs cibles, le courtier en valeurs mobilières qu'elle a choisi à titre de placeur pour compte et les montants minimaux et maximaux du PAPE⁷².

Courtier du PAPE

Dans chacun des territoires dans lesquels se déroule son PAPE, la SCD doit avoir un courtier en valeurs mobilières autorisé à distribuer de tels titres⁷³ à titre de placeur pour compte. Il placera, seul ou avec d'autres, par voie de prospectus, les actions ordinaires de la future SCD. La commission de vente du PAPE ne peut excéder 10 % du produit brut tiré de cette opération⁷⁴. Aucun autre titre, sauf des options, ne peut être émis au courtier, aux personnes qui ont un lien avec lui ou aux membres du même groupe que lui⁷⁵. Les options ne peuvent lui procurer des droits que sur des actions ordinaires de la SCD lui permettant d'acquérir au plus 10 % du nombre d'actions visées par le PAPE, au prix d'émission du PAPE⁷⁶. Celles-ci doivent être levées au cours des 18 mois suivant la date d'inscription des

⁷⁰ Pol. 2.4(7.5).

⁷¹ Voir le Formulaire 3A « Information à fournir dans un prospectus de société de capital de démarrage » du Guide.

⁷² Pol. 1.1(1.2) déf. : « premier appel public à l'épargne (PAPE) » (en anglais *Initial Public Offering* (IPO)) : « s'entend d'une opération comprenant l'émission de titres nouveaux d'un émetteur aux termes de son premier prospectus ».

⁷³ Pol. 2.4(2.2)b) et d), (5.1), (14.10)(ii) et l'Instruction générale 41-601Q. *Supra*, note 6.

⁷⁴ Pol. 2.4(5.2)a).

⁷⁵ Pol. 2.4(5.2)b).

⁷⁶ Pol. 2.4(6.1)b).

actions de la SCD à la Bourse de croissance⁷⁷. Le courtier ne peut vendre, avant l'opération admissible, plus de 50 % du nombre d'actions ordinaires qu'il peut acquérir en vertu des options qui lui sont accordées⁷⁸. Le courtier s'engage qu'à ne prendre les moyens raisonnables pour compléter le PAPE. Il ne s'agit donc pas d'une prise ferme où on convient d'acheter les actions de la SCD⁷⁹ pour son propre compte à des fins de revente, mais d'un placement pour compte⁸⁰.

Inscription à la cote

Une fois l'inscription approuvée par la Bourse de croissance TSX, la négociation des actions d'une SCD pourra débuter. La SCD fera partie des émetteurs du groupe 2 de la Bourse. Notons que le symbole boursier de la société comprendra l'identifiant « P » tant qu'elle est une SCD⁸¹.

La société est inscrite, à titre de SCD, à la cote de la Bourse de croissance TSX pour une période maximale de 18 mois⁸². Exceptionnellement, avec le consentement de la Bourse, cette période peut

⁷⁷ Pol. 2.4(6.1)d).

⁷⁸ Pol. 2.4(6.2).

⁷⁹ Pol. 1.1(1.2) déf. « preneur ferme » : s'entend d'une société qui, pour son propre compte, convient d'acheter des titres aux fins d'un placement et qui est autorisée à agir à ce titre aux termes des Lois sur les valeurs mobilières applicables.

⁸⁰ Pol. 1.1(1.2) déf. « placeur pour compte » : s'entend d'une personne qui, à titre de mandataire, offre en vente ou vend des titres dans le cadre d'un placement et qui est autorisée à le faire aux termes des Lois sur les valeurs mobilières applicables.

⁸¹ Pol. 2.4(2.2)f); « Une fois que toutes les commissions compétentes ont émis leur visa à l'égard du prospectus de SCD définitif, la SCD peut alors clôturer son premier appel public à l'épargne. Après la clôture, les documents d'inscription finaux doivent être déposés auprès de la Bourse, conformément à la Politique 2.3 – *Procédure d'inscription*. Si tous les documents d'inscription finaux sont jugés satisfaisants, la Bourse publie un bulletin attestant qu'elle a définitivement accepté les documents et indiquant que la négociation des actions de la SCD commencera à être effectuée à la Bourse dans deux jours de bourse. À la date indiquée dans le bulletin de la Bourse, la négociation des actions commencera à être effectuée dans le groupe 2 de la Bourse avec l'identifiant "P" à son symbole au téléscripteur pour indiquer que l'émetteur est une SCD. »

⁸² Rappelons que l'inscription à la cote de la Bourse d'une SCD est une exception aux règles usuelles d'inscription qui exigent, entre autres, un actif net corporel, un plan d'affaires, des dépenses de recherche et développement (ci-après « R & D »), un fonds de roulement et un parrainage.

être portée à 24 mois, au gré de la Bourse de croissance TSX⁸³. Si la SCD ne réalise pas d'opération admissible avant cette date, elle sera radiée de la cote et les actions qui ont été émises à des personnes qui ont un lien de dépendance avec la SCD, à un prix inférieur à celui des actions du PAPE, seront annulées⁸⁴.

Opération admissible non complétée dans les délais

Si la SCD n'a pas complété son opération admissible dans le délai de 18 mois de la date de son inscription, la Bourse peut à sa discrétion :

- suspendre la négociation de ses titres;
- radier ses actions de la cote;
- porter le délai à 24 mois;
- procéder à un « regroupement »; si dans les 12 mois de la date de la clôture elle n'a pas complété et rempli les conditions régulières d'inscription :
 - suspendre la négociation des titres de la société issue du regroupement;
 - radier les titres de la société issue du regroupement⁸⁵.

Le cas échéant, la radiation sera donc différée si la Bourse accepte de suspendre les négociations ou pour une période de 12 mois si un regroupement est en cours d'exécution. Afin d'aider une SCD à compléter une opération admissible, la Bourse permettra le regroupement de certaines SCD⁸⁶.

Cette mesure a pour but d'aider les SCD qui ont de la difficulté à repérer et réaliser une opération admissible⁸⁷. Notons qu'à certaines autres

⁸³ Pol. 2.4(14.6)a).

⁸⁴ *Supra*, note 46.

⁸⁵ Pol. 2.4(14.13)a).

⁸⁶ Pol. 2.4(15.1)a) « regroupement » et 2.4(15.3).

⁸⁷ Pol. 2.4(15.2)a). L'accord préalable de la Bourse doit être obtenu avant de procéder.

conditions, le regroupement d'une SCD avec une société ouverte existante est aussi possible⁸⁸.

Certaines actions entiercées aux termes de la Politique 2.4 sur les SCD seront annulées si les actions sont radiées de la cote de la Bourse de croissance TSX ou si la SCD devient un inscrit sur NEX⁸⁹. Il s'agit des actions entiercées émises par la SCD avant le PAPE à un prix inférieur au prix du PAPE à des personnes ayant un lien de dépendance avec la SCD⁹⁰. Il s'agit généralement d'un promoteur, d'un dirigeant, d'un administrateur, d'un initié ou d'un actionnaire dominant et des personnes ayant un lien avec ces personnes.

Si la Bourse procède à la radiation de la cote des actions de la SCD, on devra procéder à la dissolution ou la liquidation des actifs de la SCD. Les actionnaires peuvent convenir d'une autre utilisation du reliquat des biens⁹¹.

Entiercement

Afin d'assurer la protection des investisseurs et d'empêcher, entre autres, les opérations de spéculation abusives, certains titres de la SCD doivent être entiercés. L'entiercement signifie que la négociation de certains titres émis par la SCD est restreinte et que ceux-ci sont déposés auprès d'un tiers pour être détenus par celui-ci jusqu'à la réalisation d'un événement donné. Si certains événements se produisent, ces titres seront confisqués, notamment tel qu'il est expliqué ci-dessus, si l'opération admissible n'a pas lieu dans un délai de 18 mois suivant l'inscription en Bourse.

Sont assujettis à l'entiercement les actions de lancement émises à escompte par rapport aux actions visées par le PAPE⁹², ainsi que les actions acquises par certaines personnes ayant un lien de dépendance avec la SCD après le PAPE mais avant la publication du bulletin final de la Bourse et les

⁸⁸ Pol. 2.4(15.1)b) et 2.4(15.4).

⁸⁹ Pol. 2.4(14.13). Une SCD peut déposer une demande d'inscription sur NEX. Les actionnaires doivent approuver l'inscription à NEX par un vote de la majorité excluant les personnes ayant un lien de dépendance avec la SCD.

⁹⁰ Pol. 2.4(11.2)a).

⁹¹ Pol. 2.4(3.3)a)(ii)(B); la liquidation ou la dissolution doit avoir lieu dans les 90 jours de la radiation. Le vote sur la non-liquidation doit se prendre à la majorité excluant les personnes ayant un lien de dépendance avec la SCD, dans le délai de 90 jours.

⁹² Pol. 2.4(1.1) déf. « actions entiercées ».

actions acquises sur le marché secondaire pour un actionnaire dominant⁹³ avant la date de réalisation de l'opération admissible.

1.3.2. Deuxième étape

Accord de principe

Cette deuxième étape du programme débute par la conclusion d'un accord de principe avec l'entreprise visée relativement à un projet d'opération admissible (qui prendra généralement la forme d'une PCI⁹⁴) et par la préparation d'une circulaire de sollicitation de procurations de SCD détaillée ou une déclaration de changement à l'inscription de la SCD, selon que l'opération admissible s'effectue ou non avec lien de dépendance⁹⁵.

⁹³ Pol. 1.1(1.2) déf. « actionnaire dominant ».

⁹⁴ Pol. 1.1(1.2) déf. Les politiques de la Bourse définissent comme suit une PCI (en anglais *reverse-take-over* (RTO) ou *back door listing*) : « de façon générale, ce terme s'entend d'une opération dans le cadre de laquelle un émetteur émet de nouveaux titres afin d'acheter une autre société ou des éléments d'actif importants, et où les propriétaires de l'autre société ou des éléments d'actif prennent le contrôle de l'émetteur résultant d'une réorganisation ». Pol. 5.2(1.1) déf. Plus spécifiquement, « prise de contrôle inversée » s'entend de l'opération ou de la série d'opérations qui donnent lieu à au moins un des événements mentionnés en a) ci-dessous et à au moins un des événements mentionnés en b) ci-dessous :

- a) l'un ou l'autre des événements suivants, ou les deux :
 - i) un changement dans les activités;
 - ii) une acquisition fondamentale.
- b) un ou plusieurs des événements suivants :
 - iii) un changement de contrôle;
 - iv) un changement de direction de l'émetteur;
 - v) l'émission d'un nombre de titres supérieur au nombre total de titres en circulation avant la ou les opérations;
 - vi) de nouveaux actionnaires deviennent propriétaires de plus de 50 % des titres ou exercent un contrôle sur 50 % des droits de vote de l'émetteur grâce à des titres nouvellement émis, à la cession de gré à gré ou par l'intermédiaire de la Bourse de titres préalablement émis, ou à une combinaison de telles émissions et cessions.

⁹⁵ Pol. 2.4(1.1) déf. « accord de principe »; une opération admissible peut être complétée sans l'approbation des actionnaires, s'il elle n'est pas une « opération admissible auprès de personnes ayant un lien de dépendance ».

Opération admissible

Une opération admissible est une opération qui doit permettre à la société résultante de respecter les conditions d'inscription à la cote régulière de la Bourse de croissance TSX⁹⁶.

Une fois conclu, l'accord de principe doit être divulgué par voie de communiqué de presse contenant les principales modalités de l'entente, une description de l'entreprise ou des éléments d'actif qui seront acquis, la contrepartie à verser pour les actions ou les actifs, et les autres conditions pour la réalisation de l'opération admissible⁹⁷.

Vote des actionnaires et dépôt

Auparavant, l'opération admissible devait toujours être approuvée à la majorité des voix des actionnaires, excluant ceux qui ont un lien de dépendance avec la SCD et certaines autres personnes reliées à l'opération admissible.

Cette approbation des actionnaires n'est plus requise lorsqu'il s'agit d'une opération qui ne met pas en cause des personnes ayant un lien de dépendance. Entre autres, il existe un lien de dépendance lorsque les mêmes personnes ou des personnes appartenant à un même groupe contrôlent à la fois la SCD et la société visée ou les actifs importants qui font l'objet du projet d'opération admissible. Lorsqu'il n'y a pas de lien de dépendance, l'opération admissible ne requiert que l'approbation des administrateurs de la SCD et celle de la Bourse de croissance TSX. Dans le cas d'une opération admissible auprès de personne ayant un lien de dépendance avec la SCD,

(...suite)

Dans ce dernier cas, une déclaration de changement de l'inscription de la SCD (Formulaire 3B2) doit être préparée et déposée auprès de la Bourse et l'Autorité des marchés financiers (ou le cas échéant, une autre autorité principale) ainsi que sur SEDAR.

Même dans le cas d'une opération sans lien de dépendance, une approbation des actionnaires en vertu de la loi sur les sociétés applicable pourrait être requise, par exemple, pour un changement de nom, de fin d'exercice ou du nombre d'administrateurs.

⁹⁶ Pol. 2.4(1.1) déf. « opération admissible » et « éléments d'actif importants ».

⁹⁷ Pol. 2.4(2.3)a) et 2.4(12.2); au même moment, un arrêt des négociations a lieu et est maintenu jusqu'à ce que certaines formalités soient complétées. (Pol. 2.4(2.3)b) et c))

celle-ci doit être soumise à l'approbation de la majorité des porteurs minoritaires⁹⁸.

Ainsi, on pourrait procéder, sans l'accord des actionnaires de la SCD, à un échange d'actions avec les actionnaires d'une société cible suivi d'une fusion verticale simplifiée⁹⁹.

Lorsque l'approbation des actionnaires n'est pas requise, seule une déclaration de changement à l'inscription doit être préparée, approuvée par la Bourse de croissance TSX et déposée sur SEDAR. La déclaration de changement à l'inscription de la SCD renferme une divulgation volumineuse de type prospectus de l'opération admissible.

Notons toutefois que, dans certains cas, le droit des sociétés exige l'approbation des actionnaires, par exemple, dans le cadre d'un changement de nom, de l'augmentation du nombre d'administrateurs ou d'une fusion ordinaire¹⁰⁰.

Placement privé par la SCD

Avant l'opération admissible, une SCD ne peut réaliser un placement privé si le produit brut tiré de l'émission des actions de lancement et des actions visées par le PAPE, majoré du produit du placement privé, excède 2 M\$¹⁰¹. Après l'opération admissible ou dans le cadre de celle-ci, cette limite ne s'applique pas.

⁹⁸ Pol. 2.4(2.1); « Lorsque l'opération admissible projetée est une opération admissible auprès de personnes ayant un lien de dépendance ou lorsque autrement requis en vertu de la législation (où il y aura changement de vérificateur, élection de nouveaux administrateurs, changement de nom, fusion, etc.), la SCD doit déposer une circulaire de sollicitation de procurations de SCD et transmettre la documentation à ses actionnaires avant la tenue d'une assemblée d'actionnaires convoquée afin d'obtenir l'approbation de la majorité des porteurs minoritaires à l'égard du projet d'opération admissible ».

⁹⁹ *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »), art. 184 et *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. »), art. 123.129 et 123.130.

¹⁰⁰ Art. 173 et 183 L.C.S.A.

¹⁰¹ Pol. 2.4(10.2). Pol. 1.1(1.2) déf. : un placement privé est l'émission de nouveaux titres en contrepartie d'espèces, sans prospectus, aux termes d'une dispense de prospectus en vertu de la loi sur les valeurs mobilières applicable. Les articles 41 et suiv. L.V.M.Q. encadrent ceux-ci. Il est intéressant de noter que dans le cas du regroupement de plusieurs SCD, l'une des conditions à satisfaire est qu'au moment de (à suivre...)

Avant la réalisation de l'opération admissible, seules des actions ordinaires peuvent être émises et aucune unité ou aucun bon de souscription ne peut être émis avant la clôture de l'opération admissible¹⁰².

Inscription à la cote régulière

L'opération admissible, soit le regroupement de la SCD avec des actifs ou une autre société, doit avoir pour effet que la société résultante respecte les conditions régulières minimales d'inscription à la cote de la Bourse de croissance TSX. Une fois l'opération admissible réalisée, la société issue de cette opération s'inscrit à la cote régulière de la Bourse de croissance TSX. À compter de ce moment, elle n'est plus une SCD et elle est soumise au même régime que toute autre société du groupe 1 ou du groupe 2 inscrite à la Bourse de croissance TSX¹⁰³.

Entiercement lors de l'opération admissible

Les politiques de la Bourse ainsi que la réglementation sur les valeurs mobilières encadrent l'émission de titres à des dirigeants et des « principaux intéressés »; « [...] L'[l]e principal objectif de l'entiercement de titres est de veiller à ce que les dirigeants et principaux intéressés conservent une participation dans un émetteur pendant un délai approprié après un PAPE¹⁰⁴ » ou dans le cadre d'autres opérations¹⁰⁵. Différents facteurs sont

(...suite)

l'opération admissible, l'encaisse de la SCD issue du regroupement n'excède pas 2 M\$.

¹⁰² Pol. 2.4(10.3).

¹⁰³ Certaines sociétés ont utilisé le programme des SCD, et par suite de l'opération admissible, se sont inscrites à la cote de la Bourse de Toronto. Voir la Politique 2.1 « Exigences minimales d'inscription » ainsi que le tableau des critères d'inscription de la Bourse de Toronto.

¹⁰⁴ Pol. 5.4(1.2).

¹⁰⁵ Sur le sujet, on peut lire : « La Bourse considère tout aussi important que l'entiercement serve à décourager l'émission de titres lorsque la valeur des titres émis ne correspond pas raisonnablement à la valeur de l'élément d'actif, du bien, de l'entreprise, du titre de créance ou du service en règlement ou en contrepartie duquel ils sont émis. » (Pol. 5.4(1.2))

Voir aussi la Politique 5.4 « Entiercement, contrepartie du vendeur et restriction relative à la revente », qui a trait aux titres émis aux principaux intéressés, autrement que dans le cadre d'un premier appel public à l'épargne et couvre les différentes situations qui ne sont pas prévues par l'Instruction générale 46-201 « Modalités (à suivre...) »

utilisés pour fixer la durée de l'entiercement et l'échéancier de libération. Ces facteurs sont, entre autres, la catégorie dans laquelle se trouve la société, soit du groupe 1 ou du groupe 2, la valeur marchande de l'actif cédé, selon des méthodes d'évaluation jugées acceptables ou non par la Bourse, la valeur marchande des actions émises en contrepartie, le prix payé pour les actions par rapport au prix payé par le public lors du PAPE et le rôle de la personne à qui sont ou ont été émis les titres¹⁰⁶.

Placement privé ou public de concert avec l'opération admissible

Concurremment à l'opération admissible, il peut y avoir une mise de fonds supplémentaire sous forme de placement privé ou par voie de prospectus, au-delà de la limite globale de 2 M\$ mentionnée ci-dessus. Cette mise de fonds additionnelle peut se révéler nécessaire afin de permettre à la société issue de l'opération de respecter les conditions d'inscription à la cote régulière de la Bourse de croissance TSX ou de réaliser le plan d'affaires de la société. Le prix d'émission ne peut être inférieur au cours escompté des actions¹⁰⁷.

1.3.3. Troisième étape

Migration de la société

La mission de la Bourse de croissance TSX est d'appuyer les PME en croissance en les assistant dans leurs démarches qui ultimement leur permettront de s'inscrire à la cote d'une Bourse de grande capitalisation (de préférence à la cote de la Bourse de Toronto). Certaines y parviendront, d'autres demeureront inscrites à la cote de la Bourse de croissance TSX. Certaines passeront un certain temps sur NEX, d'autres se privatiseront et finalement d'autres seront tout simplement radiées de la cote.

(...suite)

d'entiercement applicables aux premiers appels publics à l'épargne » des Autorités canadiennes des valeurs mobilières.

¹⁰⁶ Pol. 5.4.

¹⁰⁷ Pol. 1.1(1.2) déf. « cours escompté », Pol. 4.1(1.6), fixation du prix lors d'un placement privé et Pol. 4.2(1.5), fixation du prix lors d'un placement par prospectus.

1.4. AVANTAGES POUR L'ENTREPRISE DU PROGRAMME DES SCD

L'inscription à la Bourse de croissance au moyen d'une opération admissible avec une SCD s'effectue, entre autres, pour les raisons suivantes :

Contrôle du processus

La SCD offre un processus qui est principalement sous le contrôle de l'entreprise et non sous celui des courtiers, surtout dans le cas d'une SCD dédiée.

Rapidité et coût

Il s'agit d'une méthode efficace et économique d'inscrire une société à la cote de la Bourse de croissance où généralement le risque financier de la mise en Bourse est assumé par la SCD.

Financement de la vérification diligente

Le PAPE permet d'assembler les fonds requis permettant d'effectuer une vérification diligente de cibles et de réaliser l'opération admissible avec l'une d'elles qui nécessite, notamment, la préparation de contrats, l'organisation de l'assemblée des actionnaires le cas échéant, la rédaction d'une déclaration de changement à l'inscription ou d'un prospectus.

Moment opportun pour un PAPE

La société qui n'a pas atteint une taille lui permettant d'intéresser un courtier qui serait le chef de file du syndicat de courtiers d'un PAPE traditionnel pourra quand même accéder au marché des capitaux au moyen du programme.

Conditions requises pour l'inscription

Le programme des SCD donne accès au marché public des capitaux aux sociétés qui ne satisfont pas à toutes les conditions requises pour une inscription à la cote d'une Bourse de niveau supérieur, telles la Bourse de Toronto, le NYSE ou NASDAQ.

Minimum d'investisseurs

Élimine le risque d'un appel public à l'épargne traditionnel de ne pas respecter une des exigences importantes d'inscription à la Bourse de

croissance TSX, soit un minimum de 200 actionnaires (300 actionnaires dans le cas de la Bourse de Toronto).

Conjoncture

La conjoncture économique ou celle du marché des capitaux n'est pas toujours propice à un PAPE traditionnel. Par exemple, une société pourrait souhaiter devenir une société publique durant une période où les marchés traditionnels n'acceptent pas de nouvelles émissions publiques, de façon à être prête au moment de la reprise. Elle chercherait alors à inscrire ses titres à une Bourse reconnue le plutôt possible pour ensuite avoir un meilleur contrôle sur le moment et les conditions d'une émission subséquente. Ainsi, dans un tel contexte, une société pourrait souhaiter utiliser une SCD afin de saisir des occasions de consolidation.

Négociabilité des titres

Certains investisseurs intéressés à participer au financement d'une société exigent des titres librement négociables. De telles préférences se trouvent chez certains investisseurs providentiels (*angel investors*), des investisseurs privés ou institutionnels et certains fonds d'investissement. Par exemple, la société pourrait bénéficier d'un placement privé avantageux mais conditionnel à ce que les titres deviennent librement négociables en Bourse par la suite¹⁰⁸.

Retrait des investisseurs initiaux

On souhaite mettre au point une stratégie de retrait à l'intention des investisseurs providentiels, des investisseurs institutionnels ou des investisseurs de capital de risque.

Aux raisons spécifiques applicables aux petites sociétés s'ajoutent d'autres motifs pour lesquels une société pourrait souhaiter faire son entrée en Bourse, tels que :

¹⁰⁸ La société s'engagerait à déposer un prospectus et à obtenir un visa et inscrire ses titres à la cote d'une Bourse dans un certain délai pour que les titres émis par placement privé puissent être convertis sans frais en titres librement négociables sur un marché organisé.

- Régimes de revenus différés – Les investisseurs souhaitent obtenir des titres admissibles à certains régimes fiscaux de revenus différés¹⁰⁹.
- Stratégie de regroupement – Pour une stratégie de regroupements et d'acquisitions, les titres d'une société inscrite en Bourse constituent une contrepartie librement négociable. Autrement dit, la société instigatrice d'un regroupement de secteur ou d'industrie souhaite avoir à sa disposition une devise d'acquisition négociable, le plus près possible du numéraire, soit des actions du capital-actions d'une société publique. De tels titres sont plus facilement acceptables et ont une plus grande valeur pour des vendeurs et des partenaires éventuels.
- Planification successorale – Dans le cadre d'une planification successorale, l'entrepreneur propriétaire souhaite un marché plus vaste et une liquidité accrue pour les titres de sa société, afin notamment de diversifier son portefeuille de placements. Une SCD contribue à la monétisation de son placement dans sa PME.
- Ressources humaines – Une société ouverte recrute plus facilement des cadres, grâce notamment à des programmes de participation au capital et d'octroi d'options d'achat d'actions.
- Visibilité – La société profite d'une plus grande visibilité sur le marché des capitaux auquel elle peut faire appel. Aussi, cette notoriété peut lui être bénéfique dans ses relations avec ses clients et fournisseurs.
- Transparence de l'entreprise – Elle jouit de la transparence d'une société inscrite qui procure un degré de confiance additionnel pour les investisseurs et les créanciers.

Nous allons résumer, dans la section suivante, les étapes de la mise en Bourse d'une société active (ci-après « OPCO ») qui utilise le programme des SCD. Nous avons assumé que les actions de lancement sont émises au prix de 0,10 \$ l'action.

1.5. RÉSUMÉ DU PROGRAMME DES SCD

Le tableau qui suit a pour but de représenter les notions fiscales de sociétés privées et publiques et celles relatives aux valeurs mobilières de sociétés fermées, ouvertes et d'émetteurs inscrits.

¹⁰⁹ Voir aussi notre discussion sur les placements admissibles.

A) Première étape – Mise en Bourse d’une SCD

I) Rondes pré-PAPE

Minimum de 100 000 \$ et maximum de 500 000 \$

i) Société privée et société fermée

- Souscriptions à des actions de lancement par les administrateurs et dirigeants.

Souscriptions à des actions de lancement qui seront entières.

**0,10\$
l’action**

Le prix minimal : 50 % du prix du PAPE¹¹⁰;

- souscription minimale par personne de 5 000 \$ et totalisant au moins 100 000 \$.

Les administrateurs ont droit à des options pour des actions ordinaires au prix du PAPE (0,20 \$ l’action). Les options seront exerçables à compter du PAPE. Les actions résultant de l’exercice d’options après la réalisation de l’opération admissible ne sont pas entières.

- Souscriptions à des actions de lancement par des amis et connaissances intimes (ne doit pas être un appel public à l’épargne), qui seront entières.

Le prix minimal : 50 % du prix du PAPE¹¹¹.

**0,10 \$
l’action**

ii) Société privée et société ouverte¹¹²

Souscriptions à des actions de lancement sous forme de placement privé qui seront entières. Celles-ci sont des appels publics à l’épargne.

- Bloc de plus de 150 000 \$¹¹³.

**0,10 \$
l’action**

- Par des *accredited investors*¹¹⁴. Le prix minimal : 50 % du prix du PAPE¹¹⁵.

¹¹⁰ Pol. 2.4(3.2)d).

¹¹¹ *Id.*

¹¹² On modifie les statuts de la société afin d’y soustraire les dispositions en faisant une société fermée (par. 5(1) L.V.M.Q.).

¹¹³ *Supra*, note 52.

¹¹⁴ *Supra*, note 112.

¹¹⁵ *Supra*, note 109.

II) PAPE par voie de prospectus

Minimum de 200 000 \$ et maximum de 1,9 M\$ et un nombre minimum de 200 actionnaires du public.

(300 actionnaires pour la Bourse de Toronto)

Le prix du PAPE doit être égal au double du prix des actions de lancement¹¹⁶.

**0,20 \$
l'action**

iii) Société publique¹¹⁷ et société ouverte et inscrite (ou émetteur)¹¹⁸

III) Inscription de la SCD à la cote de la Bourse de croissance TSX et début des négociations¹¹⁹.

IV) Recherche et analyse de transactions potentielles – durée maximale de 18 mois.

B) Deuxième étape – Regroupement complété aux termes des ententes intervenues entre les parties : l'opération admissible avec ou sans financement concomitant

**0,30 \$
l'action**

Inscription à la cote de la société résultante qui, par suite de l'opération admissible, doit remplir les conditions régulières d'inscription de la Bourse¹²⁰.

Le prix auquel se fait l'opération admissible est le résultat de négociations entre la SCD et la société visée mais doit être au moins égal au cours escompté¹²¹.

¹¹⁶ Pol. 2.4(3.2)d).

¹¹⁷ Avant l'opération admissible, la société visée est une « société privée » au sens du paragraphe 248(1) L.I.R. qui renvoie au paragraphe 89(1) L.I.R. La société résultante est publique, au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dès son inscription à la cote de la Bourse.

¹¹⁸ La Politique 2.4(1.1) définit ainsi un « émetteur » : « s'entend d'une société ou de ses filiales ayant des titres inscrits à la cote de la Bourse aux fins de négociation et, si le contexte l'exige, de toute société qui demande l'inscription de ses titres à la cote de la Bourse ».

¹¹⁹ Dès son inscription, la SCD devient une « société publique » au sens du paragraphe 248(1) L.I.R. qui renvoie au paragraphe 89(1) L.I.R.

¹²⁰ Pol. 2.1; on peut également utiliser le programme aux fins de procéder à l'inscription à la cote d'une Bourse de niveau supérieur, telle celle de Toronto, si l'on satisfait aux conditions d'inscription d'une telle Bourse.

¹²¹ Pol. 2.4(14.2).

C) **Troisième étape** - Migration vers une Bourse de niveau supérieur

Plusieurs mois ou années plus tard alors qu'elle respecte les conditions d'inscriptions d'une Bourse de niveau supérieur, si sa situation est propice à cette opération.

1.6. ACCÈS AU PROGRAMME DES SCD

Dans le cadre du programme des SCD, l'inscription à la Bourse de croissance TSX peut s'effectuer de plusieurs façons.

SCD de promoteurs financiers

Dans le premier cas, une nouvelle société est lancée par des promoteurs financiers. Une société nouvellement constituée effectuera un PAPE pour ensuite s'inscrire à la cote de la Bourse de croissance TSX dans le cadre du programme des SCD. Au moment de son inscription en Bourse, elle n'a pas identifié d'actifs ou de société cible avec laquelle elle effectuera une opération admissible. Le public ne mise alors que sur la réputation de ses promoteurs et administrateurs. Elle doit convaincre les investisseurs éventuels qu'elle saura trouver une entreprise créatrice de plus-value.

Recherche par la société en exploitation

La deuxième méthode est celle où la société en exploitation recherche une SCD avec laquelle se regrouper, qui a déjà été mise sur pied par des promoteurs financiers. Le résultat visé est l'inscription à la cote de la Bourse de croissance TSX de la société issue du regroupement, soit l'opération admissible. Ici, la société active a tout simplement pris l'initiative de trouver et de tenter de séduire une SCD déjà inscrite à la cote de la Bourse.

SCD lancée par la société en exploitation

Dans la Politique, une telle opération est appelée une « opération admissible auprès de personnes ayant un lien de dépendance »¹²². Elle vise le cas où la SCD est constituée et inscrite à la Bourse de croissance TSX par des actionnaires, des administrateurs ou hauts dirigeants de la société en exploitation qui désirent effectuer cette inscription. Le programme des SCD

¹²² Pol. 2.4(1.1) déf.

ne s'applique qu'aux situations où une telle opération n'est pas consommée et réalisée au moment du PAPE. Une opération admissible peut être prévisible mais elle ne doit pas être certaine. Ici, le processus est donc sous le contrôle de la société en exploitation et non de promoteurs financiers. Voir ci-après notre discussion sur l'accès au programme.

SCD lancée par des connaissances

Dans le dernier cas, il s'agit d'une opération sans lien de dépendance où des personnes connaissant la société active décident de constituer une SCD aux fins de compléter une opération admissible.

En pratique, les deux dernières méthodes sont celles où la société cible a un meilleur contrôle sur les conditions de l'opération et surtout sur son échéancier probable.

1.7. EXISTENCE D'UN ACCORD DE PRINCIPE

Si la SCD a déjà conclu un accord de principe, elle ne peut recourir au programme des SCD¹²³. Un accord de principe a trait à des éléments d'actif importants ou à une entreprise qui, une fois acquis de quelque façon, permettra à la société résultante de satisfaire aux conditions d'inscription à la cote de la Bourse¹²⁴. Une entente tributaire de tiers et hors du contrôle raisonnable de personnes ayant un lien de dépendance avec la SCD ou de personnes ayant un lien de dépendance qui sont parties à l'opération admissible ne constitue pas un accord de principe¹²⁵.

La Politique 2.4 précise que « [m]algré le fait qu'aucune entente formelle n'a été conclue, si les personnes ayant un lien de dépendance sont néanmoins presque certaines d'en conclure une, un accord de principe existe et les parties devraient rechercher une autre façon de transformer la société en société ouverte¹²⁶ ». Sommairement, des personnes ayant un lien de

¹²³ Pol. 2.4(2.4).

¹²⁴ Pol. 2.4(1.1)a) déf. « accord de principe » et « éléments d'actif importants »; une telle entente comprend les principaux éléments d'un contrat soit : les parties à l'opération, l'objet de l'entente, la contrepartie versée et le moment de son exécution.

¹²⁵ Pol. 2.4(2.6)a).

¹²⁶ Pol. 2.4(2.5)b).

dépendance sont, relativement à une société, le promoteur¹²⁷, le dirigeant, un administrateur, un initié¹²⁸ ou un actionnaire dominant¹²⁹, toute personne qui a un lien¹³⁰ avec une telle personne ou tout membre d'un même groupe qu'elle.

La Politique 2.4 précise certains cas où on considère qu'il n'y a pas d'accord de principe, soit :

- l'annonce d'une entente soumise à des conditions importantes hors du contrôle des personnes ayant un lien de dépendance avec la SCD ou avec les personnes parties à l'opération admissible;

¹²⁷ Pol. 1.1(1.2) déf. « promoteur » : a le sens que lui donne la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario. Notons qu'en pratique, cela peut comprendre les personnes qui ne sont pas administrateurs ou actionnaires de la SCD ou de la société cible, qui s'identifient comme consultants mais qui, aux fins des lois sur les valeurs mobilières, jouent le rôle de promoteur.

¹²⁸ Pol. 1.1(1.2) déf. « initié » : en plus de comprendre les administrateurs et dirigeants d'une société ainsi que les personnes « qui exerce[nt] un droit de propriété ou un contrôle, directement ou indirectement, sur des actions avec droit de vote comprenant plus de 10 % des droits de vote rattachés à l'ensemble des actions avec droit de vote en circulation ».

¹²⁹ Pol. 1.1(1.2) déf. « actionnaire dominant » : s'entend de toute personne détenant ou faisant partie d'une combinaison de personnes détenant un nombre suffisant de titres d'un émetteur pour influencer considérablement sur le contrôle de cet émetteur, ou détenant plus de 20 % des titres avec droit de vote en circulation d'un émetteur, à moins qu'il ne soit établi que le porteur de ces titres n'exerce pas une influence considérable sur le contrôle de l'émetteur.

¹³⁰ Pol. 1.1(1.1) déf. « personne qui a un lien » : s'entend, « lorsque ce terme désigne la relation qui existe avec une personne : a) d'un émetteur, lorsque cette personne exerce un droit de propriété effective ou un contrôle, directement ou indirectement, sur des titres avec droit de vote lui conférant plus de 10 % des droits de vote rattachés à l'ensemble des titres avec droit de vote en circulation de l'émetteur; b) d'un associé de cette personne; c) d'une fiducie ou d'une succession dans laquelle cette personne détient un intérêt bénéficiaire important ou à l'égard de laquelle cette personne agit à titre de fiduciaire ou en une capacité similaire; d) si cette personne est un particulier : i) du conjoint ou de l'enfant de cette personne, ii) d'un parent de cette personne ou de son conjoint, si ce parent demeure à la même adresse que la personne; toutefois, e) lorsque la Bourse doit décider si deux personnes doivent ou non être réputées des associés à l'égard d'une entreprise membre, d'une société membre ou de la société de portefeuille d'une société membre, cette décision permettra de déterminer leur lien, pour l'application de la Règle D, à l'égard de cette entreprise membre, de cette société membre ou de cette société de portefeuille ».

- une entente conditionnelle à ce qu'un financement important soit complété;
- si les parties ne se sont encore pas entendues sur la contrepartie à payer;
- le montant de l'opération admissible est conditionnel à une opinion sur la valeur marchande satisfaisante pour les parties et qui n'a pas encore été rendue;
- s'il existe d'autres incertitudes importantes à savoir qu'un accord de principe se conclura éventuellement;
- si l'entente est soumise à une vérification diligente et que d'importantes composantes de celle-ci n'ont pas été complétées¹³¹.

Dans le cas où elle ne peut utiliser le programme des SCD pour s'inscrire à la cote de la Bourse, une société pourrait, par ailleurs, recourir à un PAPE traditionnel ou à une PCI avec une société déjà inscrite ou qui peut s'inscrire sans avoir recours au programme des SCD.

2. ÉLÉMENTS DE LA FISCALITÉ DU CAPITAL DE RISQUE PUBLIC

Nous discuterons ci-après de certains aspects fiscaux que nous avons choisis d'une inscription à la cote d'une Bourse, principalement la Bourse de croissance TSX.

2.1. STATUT FISCAL DE L'ENTITÉ INSCRITE ET DE LA CIBLE

Le fardeau fiscal d'une société et de ses actionnaires dépend du type de revenu gagné, de la méthode de distribution de ses bénéfices et autres sommes, mais aussi de son statut. Actuellement, le traitement fiscal des sociétés privées est différent de celui des sociétés publiques. La société privée et ses actionnaires, plus particulièrement les sociétés privées contrôlées par des Canadiens, bénéficient d'avantages fiscaux auxquels n'ont pas accès la société publique et ses actionnaires.

Les sociétés privées jouissent d'avantages fiscaux qui leur sont concédés pour différentes raisons ou principes fondamentaux sur lesquels reposent nos

¹³¹ Pol. 2.4(2.6) Interprétation – Principes directeurs – Cas où un accord de principe n'existe pas.

lois canadiennes de l'impôt sur le revenu. On peut, à titre d'illustration, mentionner les suivants :

- l'intégration du revenu à celui de l'actionnaire :
 - compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »)¹³²;
 - impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD »)¹³³;
 - retour du capital versé¹³⁴;
 - impôt de la Partie IV L.I.R.¹³⁵;
- la réduction du fardeau fiscal des PME :
 - déduction accordée aux petites entreprises¹³⁶;
 - congé fiscal provincial (aboli)¹³⁷;
 - taux supérieur de crédit d'impôt à la R & D¹³⁸;
 - taux réduit pour fabrication et transformation¹³⁹;
 - crédit d'impôt remboursable :
 - i) à l'investissement¹⁴⁰;
 - ii) pour la R & D¹⁴¹;

¹³² Par. 83(2) et art. 184 L.I.R.

¹³³ Par. 129(1) L.I.R.

¹³⁴ Par. 84(3) et 84(8) L.I.R.

¹³⁵ Art. 186 L.I.R.

¹³⁶ Art. 125 L.I.R.

¹³⁷ Par. 771.6b) L.I.

¹³⁸ Par. 125(5.1) L.I.R.

¹³⁹ Art. 125.1 L.I.R.

¹⁴⁰ Art. 127.1 L.I.R.

¹⁴¹ Par. 127(10.1) L.I.R.

- le risque financier supérieur pour les actionnaires de PME :
 - exonération du gain en capital¹⁴²;
 - gain en capital différé¹⁴³;
 - options d'achat d'actions pour les employés¹⁴⁴.

L'hypothèse sur laquelle le législateur semble fonder cette discrimination est qu'une société publique a plus de ressources que la société privée, ce qui est loin de la réalité pour les sociétés en émergence. En toute logique, pourquoi une société financée par des « anges investisseurs », un fonds de capital de risque privé ou un fonds de travailleurs serait traitée différemment de la société qui se finance, pour le même montant, sur la Bourse de croissance TSX? Aussi, pourquoi une société inscrite à la cote de la Bourse de croissance TSX serait une société publique, au sens de nos lois de l'impôt sur le revenu, alors que celles dont les actions s'échangent sur un système de cotations et de déclarations d'opérations tel que l'OTCBB des États-Unis ou le CNQ du Canada conserveraient leur statut de société privée?

Notre législation fiscale catégorise nos sociétés en trois classes¹⁴⁵. Elles peuvent être privées, publiques ou ni publiques ni privées. D'abord, une société publique, tout comme une société privée, réside au Canada. Une société résidente peut aussi être ni privée ni publique. Par exemple, une société résidente contrôlée par une société publique n'est parfois ni privée ni publique. Par ailleurs, une société privée qui contrôle une société publique est une société privée.

Le passage de société privée à société publique et inversement a des conséquences fiscales pour la société et ses actionnaires¹⁴⁶. L'inscription, la

¹⁴² Art. 110.6 L.I.R.

¹⁴³ Art. 44.1 L.I.R.; voir notre discussion ci-après sur le sujet.

¹⁴⁴ Par. 7(1.1) L.I.R.

¹⁴⁵ Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletins d'interprétation* IT-391R, « Statut des corporations », 14 septembre 1992 et IT-458R2, « Société privée sous contrôle canadien », 31 mai 2000.

¹⁴⁶ Voir sur le sujet Daniel LACHAPELLE, « Conséquences fiscales pour l'entreprise », dans *Colloque – Financement nord-américain dans la turbulence*, 115, tome I, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 12:1-61.

radiation ou le retrait de la cote d'une Bourse par une société peut aussi avoir des conséquences fiscales pour la société et ses actionnaires.

2.1.1. Société privée

À un moment donné, une société est une société privée¹⁴⁷ aux fins de nos lois de l'impôt sur le revenu si elle réside au Canada¹⁴⁸ et si elle :

- n'est pas une société publique;
- n'est pas contrôlée¹⁴⁹ par une ou plusieurs :
 - sociétés publiques (sauf certaines sociétés à capital de risque prescrites);
 - sociétés d'État prescrites¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Par. 248(1) « société privée » L.I.R. qui renvoie au par. 89(1) L.I.R.; pour les sociétés à capital de risque, voir art. 6700 R.I.R. et pour les sociétés d'État, art. 7100 R.I.R.

¹⁴⁸ Par. 250(4) L.I.R.; généralement, une société par actions est résidente du Canada si elle a été « constituée au Canada » (par. (248(1) L.I.R.) après le 26 avril 1965 ou si sa gestion centrale et son contrôle sont exercés au Canada.; voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-39IR, *op. cit.*, note 145, par. 15 et 16 ainsi que AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu - Nouvelles techniques*, n° 16, 8 mars 1999, discussion sur l'affaire *La Reine c. Crown Forest Industries Limited*, 95 D.T.C. 5389 (C.S.C.). Quant à la détermination de la résidence en vertu d'une convention fiscale internationale, voir par exemple la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*, S.C. 1984, c. 20 et mod., art. IV, par. 1, ainsi que AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2002-0157355, 7 octobre 2002 et 2002-0141295, 21 octobre 2002. Lorsqu'il s'agit de fiducies, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») est d'avis que la résidence est celle du pays où le fiduciaire ou l'exécuteur testamentaire contrôle ses biens; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-447, « Résidence d'une fiducie ou d'une succession » 30 mai 1980; voir également *Thibodeau Family Trust c. La Reine*, 78 D.T.C. 6376 (C.F.).

¹⁴⁹ Il s'agit ici du contrôle de droit; sur le sujet, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-64R4, « Association et contrôle », 26 juin 2001, par. 19 : « Si la mention du contrôle d'une société n'est pas accompagnée de l'expression "directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit", il s'agit d'un contrôle de droit ».

¹⁵⁰ Les sociétés de capital de risques visées par règlement sont celles énumérées à l'article 6700 R.I.R. et les sociétés d'État, à l'article 7100 R.I.R.; voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1999-0011395, 5 mai 2000.

2.1.2. Société publique

À un moment donné, une société est une société publique¹⁵¹ aux fins de nos lois de l'impôt sur le revenu si elle réside au Canada et si elle :

- a) a une catégorie d'actions de son capital-actions qui est cotée à une Bourse de valeurs au Canada visée par règlement;
- b) a fait le choix d'être une société publique et remplit les conditions réglementaires concernant le nombre de ses actionnaires, la répartition de la propriété de ses actions, la négociation publique de ses actions et la dimension de la société¹⁵²;
- c) est désignée société publique par le ministre du Revenu national alors qu'elle remplit les conditions en b); ou
- d) a déjà été publique après le 18 juin 1971.

Une société peut faire le choix d'être réputée une société publique depuis le début de l'année de sa première année d'imposition¹⁵³. Habituellement, une société ne devient publique que lors de son inscription à la cote d'une Bourse de valeurs au Canada. Dans le cadre d'un PAPE, la souscription à certains régimes de revenu différé doit s'effectuer après qu'elle soit inscrite¹⁵⁴. Tel qu'il sera discuté plus loin, on pourrait souhaiter par ailleurs effectuer cette souscription alors que la société est privée afin de plutôt bénéficier d'autres avantages. Notons que les actions émises par une société cotée à une Bourse de valeurs au Canada ainsi que hors du Canada visées par règlement sont des placements admissibles pour certains régimes de revenu différé¹⁵⁵.

¹⁵¹ Par. 248(1) « société publique » L.I.R. qui renvoie au par. 89(1) L.I.R.

¹⁵² Par. 4800(1) et 4800(4) R.I.R.

¹⁵³ Par. 89(1) « société publique » *in fine* L.I.R.

¹⁵⁴ En pratique, dans le cas d'un PAPE, on demandera à la Bourse une inscription provisoire avant l'acceptation des souscriptions.

¹⁵⁵ Voir aussi notre discussion sur les placements admissibles.

Choix de ne plus être privée

Une société peut, si elle remplit les conditions prescrites, faire le choix d'être désignée société publique par le ministre du Revenu¹⁵⁶. Ces conditions ont trait au nombre d'actionnaires, à la répartition des titres et à la non-admissibilité de la répartition des titres dans le public.

Bourse de valeurs au Canada

Une société qui, à un moment donné, a une catégorie d'actions de son capital-actions cotée à une Bourse de valeurs au Canada visée par règlement est une société publique¹⁵⁷.

Les Bourses canadiennes de valeurs sont les Bourses suivantes :

- Bourse de croissance TSX, soit les sociétés du groupe 1 ou 2;
- Bourse de Montréal; ou
- Bourse de Toronto¹⁵⁸.

NEX

La Bourse de Toronto et la Bourse de croissance TSX ont créé un marché distinct, destiné aux sociétés dont les titres se transigeaient autrefois

¹⁵⁶ Par. 4800(2) et 4800(4) R.I.R.; voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9508045, 29 juin 1995; 2001-0090295, 23 octobre 2001; 2000-000473, 10 mai 2001 et 9217405, 11 décembre 1992.

¹⁵⁷ Par. 89(1) « société publique », al. a) L.I.R. et art. 3200 R.I.R.; Notons qu'aux termes du paragraphe 248(6) L.I.R., catégorie et série sont des synonymes. Une inscription d'une série d'actions d'une catégorie du capital-actions d'une société à la cote d'une Bourse de valeurs au Canada en ferait une société publique.

¹⁵⁸ Au moment de la réorganisation des Bourses canadiennes, la Bourse de croissance TSX avait trois groupes d'émetteurs inscrits à sa cote. Le groupe 3 était une nouvelle catégorie temporaire afin de permettre les transferts progressifs d'actions aux catégories 1 ou 2 de cette Bourse du Réseau canadien des transactions (Canadian Dealing Network), un marché hors cote. Le ministère des Finances du Canada indiqua que les sociétés inscrites du groupe 3, temporairement classées dans la catégorie 3, demeuraient des sociétés privées jusqu'à ce qu'elles deviennent des sociétés soit du groupe 1 ou 2, cela à moins d'avoir fait le choix d'être publiques ou de se qualifier à titre de placement; CANADA, ministère des Finances, *Communiqué de presse*, « CDNX Tier 3 – "Some income tax considerations" », 30 décembre 2000.

sur leur parquet, celui-ci connu sous le nom de NEX. Il s'agit d'un marché pour les sociétés inactives qui ne respectent plus les normes de maintien de l'inscription de ces Bourses. Ce sont des sociétés qui, par ailleurs, respectent la réglementation boursière et la législation sur les valeurs mobilières; « NEX fournit un forum pour la négociation dans le public des titres de sociétés inactives inscrites pendant qu'elles cherchent et entreprennent des opérations en vue de leur réactivation en société exploitant activement une entreprise¹⁵⁹ ».

NEX est-elle une division ou une subdivision d'une Bourse ou de deux Bourses de valeurs canadiennes de sorte que les sociétés dont des titres y sont inscrits sont des sociétés dont une catégorie de leurs actions est inscrite à la cote d'une Bourse de valeurs au Canada¹⁶⁰? D'abord, notons que seules des sociétés ayant été auparavant inscrites à la cote de la Bourse de Toronto ou de la Bourse de croissance TSX peuvent faire partie de NEX. On ne peut pas s'inscrire directement à la cote de NEX. Par exemple, dans le cas d'une SCD, si celle-ci ne réalise pas dans les délais impartis son opération admissible, ses titres seront radiés de la cote de la Bourse de croissance TSX¹⁶¹. Une telle société peut se dissoudre ou demander son transfert à

¹⁵⁹ Pol.-N1 : « NEX est un marché distinct de Bourse de croissance TSX destiné aux sociétés antérieurement inscrites à la cote de Bourse de croissance TSX ou de la Bourse de Toronto qui ne satisfont plus aux normes financières de ces bourses aux fins du maintien de l'inscription. NEX fournit un forum pour la négociation dans le public des titres de sociétés inactives inscrites pendant qu'elles cherchent et entreprennent des opérations en vue de leur réactivation en société exploitant activement une entreprise. »; aussi Pol. 2.6 (intro) : « La Bourse maintient l'inscription des émetteurs qui exploitent activement une entreprise et les évalue périodiquement afin de s'assurer qu'ils répondent aux exigences relatives au maintien de l'inscription dans le groupe. Les émetteurs qui ne répondent pas aux exigences relatives au maintien de l'inscription dans le groupe 2 et au dossier desquels ne subsiste aucun problème sur le plan de la réglementation passent à NEX après la période d'avis appropriée. NEX a été instauré pour permettre la poursuite de la négociation des titres des anciens émetteurs du groupe 1 ou du groupe 2 qui n'exploitent plus activement une entreprise jusqu'à ce qu'ils procèdent à une réactivation. Lorsqu'une société inactive réalise une réactivation et qu'elle satisfait aux exigences de la Bourse applicables, elle n'est plus admissible à NEX et doit passer au groupe 1 ou au groupe 2 de la Bourse ou encore être radiée de la cote. »

¹⁶⁰ Aux termes du paragraphe 248(29) L.I.R., « [...] une division ou subdivision d'une bourse de valeurs qui est visée par règlement [...] est réputée, [...], être une bourse de valeurs visées par règlement ».

¹⁶¹ Pol. 2.4(11.2)a) et (14.6)a).

NEX¹⁶². Les actions de lancement émises à un prix inférieur à celui du PAPE à des personnes ayant un lien de dépendance avec la SCD, généralement celles des administrateurs, hauts dirigeants et des promoteurs de la SCD, sont alors annulées¹⁶³. Ce transfert ne peut se faire qu'avec l'approbation des actionnaires¹⁶⁴.

Puisqu'elle a déjà été une société publique, ses titres ayant été inscrits à la cote d'une Bourse de valeurs au Canada, elle est une société publique aux termes du paragraphe 89(1) L.I.R.¹⁶⁵ Elle ne pourra perdre ce statut puisqu'elle ne remplit pas les conditions pour demander ou être désignée par le ministre du Revenu comme n'étant plus une société publique¹⁶⁶. Dans ce contexte, la question de savoir si NEX est une subdivision d'une autre Bourse n'est pas pertinente.

Pour demeurer sur NEX, une société doit satisfaire aux exigences réglementaires et compter un minimum de 150 actionnaires membres du public qui détiennent au moins un lot régulier librement négociable¹⁶⁷. Si elle ne satisfait plus aux conditions boursières de maintien de son inscription,

¹⁶² Pol. 2.4(14.13); sinon, la SCD peut procéder au regroupement avec une autre SCD et tenter de compléter une opération admissible au cours des 12 mois subséquents ou compléter une opération avec une autre SCD et une société inscrite. (Pol. 2.4(15))

¹⁶³ Pol. 2.4(11.2)a).

¹⁶⁴ Pol. 2.4(14.13) et *in fine*, même si la SCD fait partie de NEX, elle demeure assujettie à la Politique 2.4 sur les SCD.

¹⁶⁵ Par. 89(1) « société publique », al. c) L.I.R.

¹⁶⁶ Par. 4800(2) R.I.R.

¹⁶⁷ Pol.-N(2.1(2)), sur le sujet, la Politique précise : « Pour pouvoir être admis à la négociation à NEX, une société doit respecter les conditions suivantes :

- a) être en règle avec la TSX de croissance ou la Bourse de Toronto (mis à part le défaut de satisfaire aux exigences de la TSX de croissance relatives au maintien de l'inscription dans le groupe 2 ou des exigences de la Bourse de Toronto relatives au maintien de l'inscription);
- b) être un émetteur assujetti en règle avec les autorités de réglementation des valeurs mobilières compétentes et avec les lois sur les sociétés;
- c) compter un minimum de 150 actionnaires membres du public, qui détiennent chacun au moins un lot régulier de titres librement négociables.

Les sociétés qui sont éligibles à des fins d'inscription mais qui ne se qualifient pas pour être admises à la négociation à NEX seront inscrites à NEX, mais verront la négociation de leur titres (sic) arrêtée ou suspendue jusqu'au moment où elles rencontreront le (sic) normes ci-dessus ».

cela signifie qu'elle remplit une des conditions requises lui permettant de faire le choix ou d'être désignée par le ministre du Revenu de ne plus être une société publique¹⁶⁸.

Les marchés hors cote

Les actions d'une société qui a complété son PAPE peuvent se transiger sur un système hors cote plutôt que sur le parquet d'une Bourse prescrite¹⁶⁹. Une société dont les titres sont inscrits à la cote d'un système de cotations et de déclarations d'opérations et non d'une Bourse ne sont pas des sociétés publiques au sens du paragraphe 89(1) L.I.R. En effet, les marchés hors cote tels l'OTCBB des États-Unis, le Pink Sheets et le CNQ au Canada ne sont pas des Bourses de valeurs au Canada visées par l'article 3200 R.I.R.¹⁷⁰ De telles sociétés ne deviennent pas des sociétés publiques, aux sens de nos lois de l'impôt sur le revenu, du fait que leurs actions s'échangent grâce à ces systèmes. Si elles remplissent les autres conditions requises, elles sont des sociétés privées, des sociétés privées contrôlées par des Canadiens, une société exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE ») ou une société admissible exploitant une petite entreprise (ci-après « SAEPE »). Un appel public à l'épargne par voie de prospectus et l'inscription des titres sur le CNQ ne font donc pas, entre autres, perdre à la société son statut de société privée.

Fusion

Lorsqu'une société remplacée était publique, la nouvelle société issue de la fusion est réputée publique depuis le début de son année d'imposition¹⁷¹.

2.1.3. Société privée contrôlée par des Canadiens

Est une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») une société canadienne¹⁷², sauf si :

¹⁶⁸ Al. 4800(2)c) R.I.R., elle n'aurait pas une catégorie d'actions admissibles à une répartition publique.

¹⁶⁹ Appelé système de cotation et de déclaration d'opération dans la Norme canadienne 21-101, « Le fonctionnement du marché ».

¹⁷⁰ Voir sur le sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2000-001407, 24 mai 2000; 2002-0148185, 31 juillet 2000; 9209005, 11 mai 1992; 2002-0146325, 11 octobre 2002 ainsi que 2003-0031721E5, 25 février 2004.

¹⁷¹ Al. 87(2)ii) L.I.R.; voir aussi par. 4800(3) R.I.R.

¹⁷² Paragraphe 248(1) L.I.R. qui renvoie aux paragraphes 125(7) « société privée sous contrôle canadien » et 89(1) « société canadienne » L.I.R.; voir aussi AGENCE DU (à suivre...)

- elle est contrôlée, « directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit¹⁷³ », par :
 - un non-résident ou
 - une société publique (sauf une société à capital de risque visée par règlement);
- une catégorie d'actions de son capital-actions est cotée à une Bourse de valeurs visée par règlement.

(...suite)

REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-458R2, *op. cit.*, note 145. Une société canadienne est généralement une « société constituée au Canada » (par. 248(1) L.I.R.) ou qui réside au Canada depuis le 18 juin 1971 ou qui est issue d'une réorganisation de sociétés canadiennes. Voir *Silicon Graphics Ltd. c. La Reine*, 2002 D.T.C. 7112 (C.A.F.) et AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9607465, 19 juillet 1996 et 2002-0149745, 6 novembre 2002.

- ¹⁷³ Comprend le contrôle de droit et de fait; voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-64R4 (consolidé), « Sociétés : association et contrôle », 1^{er} novembre 2004, par. 13 : si la mention du contrôle d'une société n'est pas accompagnée des termes « directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit », il s'agit d'un contrôle de droit et non d'un contrôle de fait. Le critère général pour le contrôle de droit a été établi par la Cour de l'Échiquier du Canada dans l'affaire *Buckerfield's Limited et autres c. MRN*, 64 D.T.C. 5301, [1964] C.T.C. 504 (ci-après « *Buckerfield's* »). Il s'agit de savoir si l'actionnaire jouit d'un « contrôle effectif » sur les affaires et le sort de la société, selon la propriété d'un certain nombre d'actions donnant droit à la majorité des voix pour l'élection du conseil d'administration. Le critère énoncé lors de la décision rendue dans l'affaire *Buckerfield's* a été confirmé par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*, 98 D.T.C. 6334 (C.S.C.). Dans cette dernière affaire, la Cour a stipulé que, pour déterminer s'il y a contrôle effectif, il faut tenir compte des éléments suivants :

- « a) la loi qui régit la société;
- b) le registre des actionnaires de la société;
- c) toute restriction, particulière ou exceptionnelle, imposée soit au pouvoir de l'actionnaire majoritaire de contrôler l'élection du conseil, soit au pouvoir du conseil de gérer l'entreprise et les affaires internes de la société, qui ressort de l'un ou l'autre des documents suivants :
 - (i) des actes constitutifs de la société;
 - (ii) d'une convention unanime des actionnaires. »

Sont visées par le règlement à la fois les Bourses de valeurs canadiennes et les Bourses de valeurs hors du Canada¹⁷⁴. Ne sont pas visés dans le règlement les systèmes de cotations et de déclarations d'opérations tels l'OTCBB, le Pink Sheets et le CNQ.

2.1.4. Statut des sociétés dans le temps

Nous traiterons ci-après du statut fiscal des différents intervenants impliqués dans la mise en Bourse par des moyens autres qu'un PAPE traditionnel. Si on a recours aux autres méthodes d'inscription à la cote de la Bourse, les différents intervenants ont des statuts fiscaux qui pourraient varier. Notamment, à la suite d'une inscription à la cote d'une Bourse de valeurs canadienne, une société devient une société publique au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Fréquemment, la société cible, c'est-à-dire la société qui souhaite faire son inscription en Bourse, est d'abord une société privée et une société privée contrôlée par des Canadiens.

La mise en Bourse d'une société en utilisant les méthodes autres comprend l'entité publique, soit une SCD ou une autre société publique, souvent appelée une coquille ou société d'accueil, et le regroupement avec une société cible ou des éléments d'actif importants. Le statut à différents moments dans le temps des entités concernées aura une influence sur le traitement fiscal de ces dernières et de ses actionnaires. Nous discuterons ci-après des conséquences et des éléments de planification fiscale du statut fiscal des sociétés parties à une inscription en Bourse, à différents moments de cette opération.

Dans le cas d'une inscription à la cote de la Bourse de croissance TSX, le statut fiscal de privées à publiques des SCD, tel qu'il est illustré dans le tableau « Résumé du programme des SCD », variera dans le temps. Par ailleurs, si on a recours à un autre véhicule d'accueil, qui est une société déjà inscrite ou qui a déjà été inscrite, cette dernière est généralement une société publique avant l'opération de mise en Bourse par la voie d'une méthode autre, telle une PCI¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Art. 3200 « Bourse de valeurs au Canada » R.I.R. et art. 3201 « Bourse de valeurs hors du Canada » R.I.R.

¹⁷⁵ Voir ci-dessus le Résumé du programme des SCD à la section 1.5. qui illustre le statut fiscal de société privée et de société publique et celui de société fermée, ouverte et inscrite applicables à la législation sur les valeurs mobilières et l'encadrement boursier.

Nous aborderons l'inscription à la cote de la Bourse de croissance TSX dans le cadre du programme des SCD, puisque cela permettra d'examiner le statut fiscal de la plupart des entités impliquées dans une inscription à cette Bourse par des moyens autres, ainsi que les conséquences et éléments de planification fiscale à considérer à différentes étapes de cette mise en Bourse autrement que par un PAPE traditionnel.

La SCD sera une société privée, une SPCC, une SEPE et une SAEPE jusqu'à son inscription à la cote de la Bourse¹⁷⁶. La société cible aura généralement le même statut fiscal, en assumant qu'elle exploite activement une entreprise au Canada et qu'elle n'est pas contrôlée par une société non résidente ou une société publique. Lorsque les titres de la société résultante de l'opération admissible seront inscrits à la cote de la Bourse, elle sera à compter de ce moment une société publique.

Les administrateurs et hauts dirigeants, leurs amis ainsi que d'autres investisseurs qui ont souscrit alors que la société était une société fermée, ou lorsqu'elle est une société ouverte et non inscrite, qui s'est prévalu d'une dispense de prospectus, l'ont fait à des actions d'une société privée, d'une SPCC, d'une SEPE et d'une SAEPE. Dans le cas des souscriptions par les investisseurs du public, si elles sont acceptées avant que les titres ne soient inscrits à la cote, ceux-ci ont souscrit, au moment de leur souscription, à des actions d'une telle société¹⁷⁷. Par ailleurs, dans ce cas, les titres ne seront pas un placement admissible pour certains régimes de revenu différé à moins de satisfaire aux conditions du paragraphe 4900(6) R.I.R. applicable aux placements de certains régimes enregistrés d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») de SEPE¹⁷⁸. Immédiatement après l'inscription d'une catégorie

¹⁷⁶ Les SCD sont des entités où l'on retrouve une activité importante, notamment une mise en Bourse auprès de plus de 200 actionnaires ainsi qu'une recherche et des analyses d'entreprises. Rappelons que dans l'affaire *Can. Marconi Co. c. La Reine*, 86 D.T.C. 6526 (C.S.C.), pp. 6528-6529, la Cour conclut qu'il y avait une présomption réfutable que le revenu provenant d'une société par actions soit du revenu d'entreprise; voir aussi Vern KRISHNA, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, Carswell, 2002, p. 666 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-364, « Début de l'exploitation d'une entreprise », 14 mars 1977.

¹⁷⁷ En assumant que le choix d'être publique depuis le début de l'année n'est pas ultérieurement effectué par la société (par. 89(1) « société publique » *in fine* L.I.R.); voir aussi sur le sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, « Avantages conférés aux employés – Options d'achat d'actions », 7 août 1996, par. 14.

¹⁷⁸ Voir ci-après notre discussion sur les placements admissibles.

de ses titres à la cote d'une Bourse de valeurs au Canada, dans le cas qui nous intéresse la Bourse de croissance TSX, la SCD ou la société issue de l'opération admissible est une société publique.

2.2. DISPOSITION DES TITRES DE LA SOCIÉTÉ RÉSULTANTE

Généralement, l'aliénation à profit ou à perte des actions de la société qui inscrit ses titres à la cote déclenchera une inclusion ou une déduction dans le revenu de leur propriétaire. Il s'agira d'un revenu provenant d'une entreprise ou qui est de la nature du capital. Pour les actionnaires du public, il s'agira, dans la plupart des cas, d'une disposition d'un bien en immobilisation dont le profit ou la perte est un gain ou une perte en capital¹⁷⁹.

Par ailleurs, pour les autres intervenants, ce profit constituera un revenu d'entreprise ou un gain en capital. Dans cette catégorie d'intervenants, on peut classer ceux qui ont droit et ceux qui n'ont pas droit de faire le choix du paragraphe 39(4) L.I.R.¹⁸⁰ En d'autres mots, si l'on doute qu'il s'agisse de transactions entraînant un revenu provenant d'une entreprise ou de la nature du capital, on peut faire le choix qui garantit le traitement fiscal de gain ou de perte en capital. Rappelons que le but du paragraphe 39(4) L.I.R. est de supprimer le risque relatif au traitement fiscal, de gain en capital ou de revenu d'entreprise, rattaché à des placements dans le capital-actions de nouvelles entreprises¹⁸¹.

¹⁷⁹ Un gain en capital provient de la disposition d'une « immobilisation »; paragraphe 248(1) L.I.R. qui renvoie à l'article 54 « immobilisation » L.I.R.; voir aussi paragraphe 248(1) « entreprise » L.I.R.

¹⁸⁰ Par. 39(4) à 39(6) L.I.R. et art. 6200 R.I.R.; voir sur le sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletins d'interprétation* IT-459, « Projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial » 8 septembre 1980; IT-479R, « Transactions de valeurs mobilières », 29 février 1984 et IT-479RSR, « Transactions de valeurs mobilières », 21 février 1985; Paul LEFEBVRE, « Sociétés de portefeuille : Enjeux », (2004), vol. 52, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 633-668 ainsi que Patrick LEBEL et Martin LORD, « Revenus d'entreprise vs gain en capital », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 14:1-68.

¹⁸¹ Voir sur le sujet David M. SHERMAN, 1997 *Department of Finance Technical Notes*, 15^e édition, 2003, p. 341, De Boo Budget Date comments : « This proposal is designed to encourage investors to participate in the equity of new enterprises. For the 1977 and subsequent years a taxpayer may, rather than facing the uncertainties in regard to treatment of the appreciated value of his investment on sale, make a permanent, lifetime election to have capital gains treatment in respect of certain securities issued by a Canadian corporation [...] ».

Ce paragraphe 39(4) prévoit que certains contribuables qui ont disposé au cours d'une année d'un « titre canadien » peuvent choisir de considérer que tous les titres canadiens qu'ils détiennent dans l'année de ce choix, et dans toute année subséquente, soient réputés des biens en immobilisation. À la suite de ce choix, les gains ou pertes provenant d'aliénations non exclues de titres canadiens durant cette année et les années subséquentes seront de la nature du capital et non du revenu d'entreprise. Malgré ce choix, certaines aliénations ou titres ne jouiront pas des effets du choix du paragraphe 39(4) L.I.R.

Personnes exclues

Certaines personnes ne peuvent se prévaloir du choix du paragraphe 39(4) L.I.R. Il s'agit de la personne qui, **au moment de la disposition du titre**, est soit¹⁸²:

- a) un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières;
- b) une institution financière¹⁸³;
- c) une société dont l'activité principale consiste à prêter de l'argent ou à acheter des créances, ou une combinaison de ce qui précède¹⁸⁴;
- d) un non-résident;
- e) une combinaison de a) à d).

Ne sont pas visées par cette exception les sociétés de placement à capital variable¹⁸⁵ et les fiducies de fonds communs de placement¹⁸⁶.

Certains des intervenants que l'on retrouve le plus souvent dans des transactions visées dans la mise en Bourse d'une société appartiennent aux

¹⁸² Par. 39(5) L.I.R.

¹⁸³ Telle qu'elle est définie au paragraphe 142.2(1) L.I.R.

¹⁸⁴ Sur la notion d'entreprise principale, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-371, « Biens locatifs – Sens de l'expression “entreprise principale” », 25 avril 1977, par. 5, 7 et 8.

¹⁸⁵ Par. 248(1) L.I.R. qui renvoie au par. 131(8) L.I.R.

¹⁸⁶ Par. 248(1) L.I.R. qui renvoie au par. 132(6) L.I.R.

catégories a) et c) ci-dessus. Parmi les intervenants actifs auprès d'émetteurs inscrits ou sur le point de s'inscrire à la cote de la Bourse de croissance TSX, on retrouve des promoteurs, des « anges investisseurs », des sociétés d'investissement, des fortunes familiales, des personnes qui offrent des services de relations avec les investisseurs et des spéculateurs. Certains d'entre eux sont, aux fins du paragraphe 39(6) L.I.R., des commerçants ou des courtiers en valeurs mobilières. Sur la signification de commerçant ou courtier en valeurs mobilières, l'ARC indique sur le sujet¹⁸⁷ :

« 5. Aux fins du paragraphe 39(5), le Ministère interprète l'expression un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières comme étant un contribuable qui participe à la promotion ou à la souscription à forfait d'une émission particulière d'actions, d'obligations ou d'autres titres, ou comme étant un contribuable qui se présente au public comme un courtier en actions, en obligations ou en d'autres titres. L'expression ne comprend pas un cadre ou un employé d'une entreprise ou d'une corporation exerçant des activités de promotion ou de souscription à forfait d'émissions d'actions, d'obligations ou d'autres titres, ni un cadre ou un employé d'un contribuable qui se présente au public comme un courtier en actions, en obligations ou en d'autres titres, à moins que ce cadre ou cet employé n'effectue des opérations sur des valeurs mobilières en raison des activités de promotion ou de souscription à forfait de son employeur. Toute personne qui, en raison de renseignements spéciaux sur une corporation donnée qu'elle détient exclusivement, utilise ces renseignements pour réaliser un gain rapide est considérée par le Ministère comme un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières relativement à ces valeurs mobilières données. Toute corporation dont l'activité principale consiste à échanger des actions ou des créances est également tenue comme un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières. Toutefois, cette définition ne vise pas une corporation dont l'activité principale consiste à détenir des valeurs mobilières et qui vend ce genre de placement de temps à autre.

¹⁸⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletins d'interprétation* IT-479R et IT-479RSR, *op. cit.*, note 180. Voir aussi « Table ronde de Revenu Canada », dans *1993 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994, pp. 58:1-76, question 52, aux pages 58:71-72 : « Par conséquent, pour déterminer si des contribuables non enregistrés comme commerçants ou courtiers peuvent se prévaloir des dispositions du paragraphe 39(4), le Ministère déterminera à partir des faits si les contribuables exploitent une entreprise. Pour déterminer si, dans le cours normal de ses affaires, le contribuable exploite une entreprise, le Ministère tiendra compte des facteurs énoncés au numéro 11 du *Bulletin d'interprétation* IT-479R. Il est clair que le Ministère contestera probablement les choix exercés par les contribuables qui exercent des activités semblables à celles exposées dans l'affaire *Vancouver Art Metal Works*. D'un autre côté, il est peu probable que le Ministère conteste le choix exercé par un contribuable relativement à des opérations isolées. »; voir *Vancouver Art Metal Works Ltd. c. La Reine*, 93 D.T.C. 5116 (C.A.F.), *Placements Bourget c. La Reine*, 87 D.T.C. 5427 (C.F.) et *Arcorp Investment Ltd. c. La Reine*, 2000 D.T.C. 6690 (C.F.).

[...]

15. Toutes les pertes et tous les gains d'un contribuable relatifs à une participation à des activités de promotion ou de souscription à forfait d'une émission particulière d'un titre doivent être considérés au titre de revenu. De même, les gains réalisés ou les pertes subies par un cadre ou un employé d'une entreprise ou d'une corporation exerçant des activités de promotion ou de souscription à forfait de titres doivent être considérés au titre de revenu s'ils découlent de l'acquisition de titres promus ou souscrits à forfait par son employeur. Pour tout autre contribuable qui se présente au public comme un courtier en valeurs mobilières, tous les gains et toutes les pertes sur des transactions de valeurs mobilières sont présumés faire partie des activités normales de l'entreprise et, ainsi sont au titre de revenu. De plus, les gains et les pertes d'une corporation dont l'activité principale consiste à négocier des valeurs mobilières sont considérés au titre de revenu, même si la corporation ne se présente pas au public comme un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières.

[...]

17. Le Ministère supposera également que les gains tirés de transactions de valeurs mobilières sont au titre de revenu chaque fois qu'il sera évident que le contribuable a profité de renseignements spéciaux qu'il détenait exclusivement pour réaliser un profit rapide¹⁸⁸. » (Notre soulignement)

Notons que pour ceux qui n'ont pas fait le choix du paragraphe 39(4) L.I.R., le rôle que joue ou a joué cette personne est aussi déterminant dans le traitement fiscal du profit ou de la perte. Notons également qu'un des facteurs retenus par la jurisprudence dans la détermination du gain est la période de détention du bien¹⁸⁹. Une courte période de détention est un

¹⁸⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-479R, *op. cit.*, note 180, par. 5, 15 et 17. Voir aussi P. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 180.

¹⁸⁹ Sur le sujet, on trouve dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-459, *op. cit.*, note 180, par. 4, 5 et 6 :

« 4. Pour déterminer si une transaction en particulier représente un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, les tribunaux ont établi que toutes les circonstances entourant la transaction doivent être prises en considération et qu'aucun critère unique ne peut être formulé. De façon générale, cependant, les principaux critères qui ont été appliqués sont les suivants :

- a) le contribuable a-t-il traité le bien qu'il avait acquis de la même manière qu'un négociant aurait habituellement traité un tel bien;
- b) la nature et la quantité des biens excluent-elles la possibilité que leur vente soit la réalisation d'un investissement ou soit, par ailleurs, une réalisation (à suivre...)

indice que le gain est spéculatif et de la nature d'un revenu d'entreprise. Cela doit être pris en considération, particulièrement pour certains administrateurs de la SCD. En effet, la Politique 4.4 impose, pour les administrateurs d'une SCD qui ne deviennent pas administrateurs de la société résultante, le droit d'exercer les options qui leur ont été accordées dans les 90 jours de la date où ils cessent d'occuper leurs fonctions¹⁹⁰. En pratique, ils disposeront alors des titres sous-jacents. Par ailleurs, le fait que l'exercice des options soit assujéti à une contrainte extérieure de temps serait un argument en faveur de la disposition d'une immobilisation.

Titres canadiens

Un contribuable n'a le droit de faire le choix du paragraphe 39(4) L.I.R. qu'à l'égard de la disposition de valeurs mobilières qui sont des titres canadiens¹⁹¹.

Un titre canadien, sauf pour les titres visés par règlement, est :

- une action du capital-actions d'une société qui réside au Canada;
- une unité d'une fiducie de fonds communs de placement¹⁹²; ou

(...suite)

de capital, ou que les biens puissent avoir fait l'objet d'une disposition autrement que par une transaction commerciale; et

- c) l'intention du contribuable, établie par les faits ou par déduction, est-elle dans la même ligne que d'autres preuves indiquant une motivation commerciale. [...]

5. Il faut d'abord savoir si les activités du contribuable, à l'égard du bien en cause, étaient essentiellement les mêmes que celles d'un négociant traitant un bien semblable. Il faut donc comparer ce que les négociants en même genre de biens font, habituellement, avec ce que le contribuable a fait lorsqu'il a acheté le bien, lorsqu'il l'a vendu et pendant la période où le bien a été en sa possession. [...]

6. S'il existe des preuves que des efforts ont été faits pour trouver ou attirer des acheteurs, ou qu'une vente a eu lieu à l'intérieur d'une courte période après l'acquisition du bien par le contribuable, il semblerait qu'il s'agisse d'une intention de nature commerciale. » (Notre soulignement)

¹⁹⁰ Pol. 4.4(2.8)b)(i).

¹⁹¹ Par. 39(6) L.I.R.

¹⁹² Par. 248(1) L.I.R. qui renvoie au par. 132(6) L.I.R.

- une obligation, un effet, un billet, une créance hypothécaire ou un titre semblable émis par une personne qui réside au Canada¹⁹³.

Un titre visé par règlement¹⁹⁴ est d'abord :

- i) une action du capital-actions d'une société, autre qu'une société publique, dont la valeur au moment de la disposition est entièrement ou principalement attribuable à :
 - un bien immobilier;
 - un avoir minier canadien; ou
 - un avoir minier étranger;
- ii) une obligation, un effet, un billet, une hypothèque ou un titre semblable émis par une société, **autre qu'une société publique** si, avant de disposer du titre, le contribuable a un lien de dépendance avec la société.

On aura noté qu'une fois la société devenue publique, les titres de cette dernière ne sont plus visés par l'exclusion.

Aussi, d'autres titres sont exclus et portent sur des situations avec lien de dépendance¹⁹⁵. Font partie de ces biens exclus les actions et titres de créance ci-dessus acquis d'une personne avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance ou dans des circonstances où les paragraphes 85(1) et (2) L.I.R. s'appliquaient¹⁹⁶. Sont également des titres exclus ceux qui furent acquis en remplacement d'un titre qui a déjà été exclu¹⁹⁷. Finalement, sont exclues les actions acquises dont le coût est déductible à la suite de la cession de certains frais d'exploration au Canada ou de frais d'aménagement au Canada¹⁹⁸.

¹⁹³ Ne comprendrait pas des acceptations bancaires : *Federated Co-operatives Ltd. c. La Reine*, [2001] 3 C.T.C. (C.A.F.).

¹⁹⁴ Art. 6200 R.I.R.

¹⁹⁵ Par. 251(1) L.I.R. sur la notion de « lien de dépendance »; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 10 juin 2004.

¹⁹⁶ Al. 6200c) et c.1) R.I.R.

¹⁹⁷ Al. 6200e) R.I.R.

¹⁹⁸ Al. 6200d) R.I.R. et art. 66.3 L.I.R. Voir aussi *Hayes et autres c. La Reine*, 2003 D.T.C. 1205 (C.C.I.) où la Cour conclut que le paragraphe 39(4) L.I.R. ne (à suivre...)

Dans le cadre d'une PCI, les actionnaires de la société opérante pourraient souhaiter faire le choix du paragraphe 39(4) L.I.R. tout en se prévalant du roulement du paragraphe 85(1) L.I.R., afin que la transaction s'effectue en franchise d'impôt sur le revenu. Dans ce cas, l'alinéa 6200c.1) R.I.R. ne permet pas de faire le choix relativement à cette disposition. Par ailleurs, cette règle ne s'applique pas dans le cas où on se prévaut plutôt de l'article 85.1 L.I.R.¹⁹⁹

2.3. ROULEMENT DES « ANGES INVESTISSEURS »

La possibilité, pour un particulier, de reporter l'imposition du gain en capital réalisé lors de la disposition d'actions acquises de certaines PME fut introduite dans le cadre du budget fédéral du 28 février 2000²⁰⁰. L'objectif poursuivi par cette mesure est de favoriser l'accès au capital pour les petites

(...suite)

s'appliquait pas au déboucllement d'une couverture convertible, car il ne s'agissait pas d'un titre canadien.

¹⁹⁹ Voir sur le sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1999-008445, 20 juillet 2000.

²⁰⁰ Franco GADOURY, « Vente d'entreprise/Nouvelle dynamique », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 39:1-42; Stéphane GRÉGOIRE, « Nouvelle mesure de report du gain en capital », dans *Colloque - Achat/Vente d'une PME - Planification fiscale pour l'acheteur et le vendeur*, 103, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 7:1-29; Nicole PRIEUR, « Alors vos actions... ça roule? », (2000), vol. 21, n° 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 669-694; Hugh C. WOOLLEY, « Asset versus Share Sales - Recent Developments », dans *2001 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2001; François AUGER, « Considération fiscale pour le vendeur », dans *Colloque - Achat, vente d'entreprise, réorganisation*, 133, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 3:1-44; Lori A. MATHISON, « Selling a Business: Minimizing the Vendor's Tax », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 41:1-24, aux pages 41:7 et suiv.; Derek T. DALSIN, « Corporate Tax Planning: post-October 18, 2000 mini-budget », dans *2001 Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2001; Howard WASSERMAN, « Tax Planning and Compliance: Capital Gains Deferral », dans *2001 Ontario Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2001; Adam SHAPIRO, « Les règles sur les biens de remplacement : un peu plus qu'avant », (2002), vol. 50, n° 6 *Revue fiscale canadienne* 2167-2194; Peter H. BAEK, « The Small Business Investment Deferral Incentive: Additional Measures », dans *Tax Law Update*, vol. 11, n° 3, Toronto, Association du Barreau de l'Ontario, 2001, pp. 1-5.

sociétés en émergence²⁰¹. Cette mesure est similaire à celle contenue dans l'*Internal Revenue Code* des États-Unis²⁰².

Il s'agit d'une mesure permettant de reporter l'imposition d'un gain en capital si des « actions de remplacement » sont acquises relativement à une disposition appelée une « disposition admissible ». Tant que le produit de disposition d'une disposition admissible est réinvesti par le particulier dans des actions de remplacement, soit des actions ordinaires de certaines PME, le report peut être perpétué. De plus, à certaines conditions, le gain peut être reporté au-delà du décès d'un particulier, si les actions acquises ont été transférées dans le cadre d'un roulement, à son conjoint ou à ses enfants, dans le cas d'un transfert intergénérationnel d'actions d'une société agricole, ou du vivant, à la suite du règlement des droits découlant d'un mariage.

²⁰¹ CANADA, ministère des Finances, *Budget 2000*, 28 février 2000. La promotion de l'innovation et de la croissance s'accompagne d'un accès, par les entreprises, au capital de risque dont elles ont besoin pour assurer leur expansion et leur prospérité. C'est principalement le cas des entreprises de haute technologie, qui deviennent des moteurs de plus en plus importants de l'innovation et de la croissance économique. Bien que le marché du capital de risque ait connu dernièrement une expansion considérable, les entreprises qui démarrent ont de la difficulté à obtenir une part de ces capitaux parce que les sociétés d'investissement en capital de risque privilégient souvent les entreprises établies. Un des facteurs empêchant les petites entreprises d'obtenir du capital est le fait que les investisseurs qui disposent de placements dans des entreprises afin de réinvestir le produit dans d'autres entreprises doivent payer un impôt sur le gain en capital qu'ils réalisent sur le placement antérieur. Ils disposent donc de moins d'argent pour leurs investissements dans de nouvelles entreprises. Le budget prévoit que les particuliers pourront reporter l'impôt sur les gains en capital relatifs à des placements dans des petites entreprises admissibles s'ils réinvestissent le produit de la disposition dans d'autres petites entreprises admissibles. Ce report d'impôt s'appliquera aux cessions effectuées après le 27 février 2000. Cette mesure, combinée à la réduction du taux d'inclusion des gains en capital, facilitera l'accès au capital pour les petites entreprises à fort potentiel de croissance. Elle profitera surtout aux industries de haute technologie connaissant une expansion rapide.

²⁰² *Internal Revenue Code of 1986* et mod.; Daniel SANDLER, « Venture Capital and Tax Incentives: a Comparative Study of Canada and the United States », dans *Canadian Tax Paper*, n° 108, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004, écrit sur le sujet à la page 106 : « In Canada, the 2000 federal budget introduced limited rollover relief to individuals who dispose of eligible small business securities and reinvest the proceeds in other eligible small businesses. This relief is modeled on similar relief that was introduced in the US Code three years earlier. In its original form, the Canadian provision was much more limited and more complicated in its application than its US counterpart. However, as a result of amendments introduced in the 2003 federal budget, the Canadian provision is now substantially similar to that in the United States ».

Le mécanisme de report du gain admissible est similaire à celui applicable aux biens de remplacement²⁰³. Le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions de remplacement acquises est réduit du montant du gain en capital différé provenant d'une disposition admissible, proportionnellement au montant du coût des actions de remplacement acquises sur le produit de disposition provenant de la disposition admissible. Par exemple, si un particulier n'investit qu'un montant égal à 60 % de l'imposition du produit de disposition provenant d'une disposition admissible pour acquérir des actions de remplacement, alors seulement 60 % du gain en capital admissible sera reporté.

L'objectif de cette mesure est d'améliorer l'accès au capital pour les sociétés en émergence en compensant l'investisseur pour le risque associé à de tels investissements. Pour ce faire, seule l'acquisition par un particulier d'actions ordinaires du trésor d'une société donne droit au report du gain en capital. Dans sa mise en œuvre, le législateur a eu recours à certains concepts similaires, mais non identiques à ceux relatifs à la déduction accordée aux petites entreprises²⁰⁴ et à l'exonération du gain en capital²⁰⁵.

2.3.1. Report du gain en capital

L'article 44.1 L.I.R. donne ouverture au report de l'imposition du gain en capital qui est une « disposition admissible » pour le particulier (excluant les fiducies) lorsque²⁰⁶ :

- le gain en capital est réalisé par le particulier, au cours de l'année d'imposition, dans le cadre d'une « disposition admissible »;
- le particulier a souscrit à des « actions de remplacement » au cours de l'année d'imposition de la disposition admissible ou dans les 120 jours suivant la fin de celle-ci;
- aux fins du report, le particulier désigne, dans sa déclaration de revenus de l'année de l'imposition de la disposition, les actions de remplacement acquises relatives à la disposition admissible.

²⁰³ Art. 44 L.I.R.

²⁰⁴ Art. 125 L.I.R.

²⁰⁵ Art. 110.6 L.I.R.

²⁰⁶ Art. 280.5 à 280.6 L.I.; la *Loi sur les impôts* du Québec contient une disposition similaire.

Généralement, seuls des particuliers ont droit à ce report de l'imposition du gain admissible²⁰⁷. Dans certains cas, le report de l'imposition est permis, même si les actions n'ont pas été acquises du trésor d'une société par le disposant. La première situation est celle où la personne est propriétaire d'actions, par suite du décès du conjoint, qui ont fait l'objet du roulement du paragraphe 70(6) L.I.R.²⁰⁸ Les actions acquises sont réputées avoir été acquises par le conjoint, au moment où elles ont été acquises par la personne décédée et lui avoir appartenu, tout au long de la période où celle-ci en était le propriétaire. La même présomption s'applique aux transferts d'actions en faveur d'un ex-conjoint, par la suite du règlement des droits découlant du mariage ou d'une union de fait, qui a été l'objet du roulement du paragraphe 73(1) L.I.R.²⁰⁹ Également, cette règle s'applique aux transferts d'actions du capital-actions d'une société agricole familiale, acquises à la suite du décès du père ou de la mère d'un particulier, qui ont fait l'objet du roulement du paragraphe 70(9.2) L.I.R.²¹⁰

Des opérations donnant droit au report de l'imposition du gain en capital peuvent être effectuées au nom du particulier, par un gestionnaire de placements, dans le cadre d'un arrangement admissible de mise en commun (ci-après « AAMEC »)²¹¹. Un AAMEC est une convention écrite, conclue entre le particulier et une autre personne ou société de personnes (gestionnaire de placements), qui prévoit :

- le transfert de fonds ou d'autres biens par le particulier au gestionnaire de placements en vue de leur placement au nom du particulier. On notera que non seulement des fonds mais aussi des biens²¹², telles des actions, peuvent être transférés au gestionnaire de l'AAMEC. Généralement, le transfert de biens n'est pas une disposition, puisque le gestionnaire de placements gère les investissements au nom du particulier;
- l'achat, au moyen des fonds ou des biens transférés, d'actions déterminées de petite entreprise (ci-après « ADPE ») dans les 60 jours de la réception, par le gestionnaire de placements, des fonds ou des biens;

²⁰⁷ Par. 44.1(2) L.I.R.

²⁰⁸ Al. 44.1(4)a) L.I.R.

²⁰⁹ Par. 44.1(5) L.I.R.

²¹⁰ Al. 44.1(4)b) L.I.R.

²¹¹ Par. 44.1(1) « arrangement admissible de mise en commun » L.I.R.

²¹² Voir aussi la définition de « bien » au paragraphe 248(1) L.I.R.

- qu'à la fin de chaque mois, le gestionnaire de placements remet à chaque particulier un état de compte indiquant le détail des opérations effectuées au nom du particulier au cours du mois.

L'article 44.1 L.I.R. donne ouverture au report de l'imposition d'un gain de nature capital, provenant de la disposition d'une immobilisation²¹³. Puisque le gestionnaire de placements effectue les investissements au nom du particulier investisseur, la qualification de la disposition, à titre de gain en capital ou de revenu d'entreprise ou de bien se détermine au niveau du particulier. La durée, les termes et conditions du mandat confié au gestionnaire de placements sont des éléments qui font partie de la qualification du gain. Dans certaines situations, le mandat de gestion de placements confié à un tiers pourra faire en sorte que ce portefeuille soit caractérisé différemment du reste des placements du particulier.

Sauf pour la définition d'AAMEC aux fins de l'ensemble de la loi, l'opération conclue par un gestionnaire de placements dans le cadre d'un AAMEC est réputée conclue par le particulier²¹⁴. Afin de bénéficier de cette présomption, le gestionnaire devra faire preuve d'une certaine prudence dans l'exécution de son mandat. Celui-ci devra exécuter sa gestion en respectant les termes et conditions de son mandat. Si tel n'était pas le cas, on pourrait conclure que celui-ci pose des gestes qui ne font pas partie de l'AAMEC. Par ailleurs, si la relation entre le gestionnaire de placements et le particulier en est une de mandant et de mandataire, cette présomption n'a pas la même importance. En effet, les gestes posés par le gestionnaire de placements sont en droit ceux du particulier²¹⁵.

Un gestionnaire qui a la compétence requise pour investir dans des actions de PME pourrait agir au nom du particulier et compléter des ventes et des acquisitions d'actions donnant droit au report de l'imposition du gain en capital. Celui-ci pourrait perpétuer durant le terme de sa gestion le report de l'imposition du gain en capital du particulier²¹⁶.

²¹³ Art. 54 « immobilisation » L.I.R.; voir ci-dessus notre discussion sur le sujet.

²¹⁴ Par 44.1(3) L.I.R.

²¹⁵ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2130 et suiv. sur la notion du mandat.

²¹⁶ Dans le cas où un AAMEC a un terme, on pourra continuer de différer l'imposition du gain en capital au-delà du terme de l'AAMEC si les actions sous gestion sont remises au particulier.

A droit au report de l'imposition du gain en capital le particulier qui effectue, durant une année d'imposition, une « disposition admissible » et fait l'acquisition d'« actions de remplacement » relatives à cette disposition admissible, au cours de l'année d'imposition de la disposition ou dans les 120 jours de la fin de celle-ci²¹⁷. Le gain en capital pour l'année provenant de la « disposition admissible » d'une action est réputé l'excédent :

- i) du gain en capital provenant de sa disposition admissible, sur
- ii) le montant de report autorisé (ci-après « MRA ») relativement à la disposition admissible.

Le MRA se calcule comme suit²¹⁸ :

$$\frac{G \times I}{H}$$

G : le moindre du produit de disposition provenant de la « disposition admissible » ou le coût²¹⁹ d'une « action de remplacement » relativement à la disposition admissible;

H : le produit de disposition provenant de la disposition admissible;

I : le gain en capital provenant de la disposition admissible.

²¹⁷ Par. 44.1(2) L.I.R.

²¹⁸ Par. 44.1(1) « montant de report autorisé » L.I.R.

²¹⁹ Dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-93 (archivé), « Biens en immobilisation possédés le 31 décembre 1971 - Signification des expressions “coût effectif” et “coût amorti” », 12 mars 1973, l'ARC indique au paragraphe 3 : « Lorsqu'il n'existe dans la Loi aucune disposition précise régissant le calcul du coût dans une situation particulière, le coût effectif doit être calculé en conformité des principes généralement reconnus du négoce et de la comptabilité. C'est ainsi que les frais de courtage, les commissions ou les frais d'évaluation supportés pour l'acquisition d'un bien sont considérés comme faisant partie du coût effectif de ce bien. Le coût d'un bien acquis en échange d'une valeur autre que de l'argent est fixé en fonction de la juste valeur marchande de la contrepartie offerte. Le Ministère estime toutefois que le coût d'un bien ne comprend aucun montant relatif aux bénéfices sacrifiés. Par exemple, si une corporation fabrique un bien pour son propre usage, le coût de ce bien comprend le coût des matériaux et les frais de main d'œuvre, ainsi qu'un montant raisonnable de frais généraux et administratifs, mais ne comprend aucun montant relatif aux bénéfices qui auraient pu être réalisés si ce bien avait été vendu. »; aussi D. Keith McNAIR, « The Meaning of Cost in Canadian Income Tax », dans *Canadian Tax Paper*, n° 69, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1982, p. 71.

Le gain en capital reporté est proportionnel au coût des actions de remplacement sur le montant du produit de la disposition admissible. Si des actions de remplacement sont acquises pour un montant égal au produit de disposition provenant d'une disposition admissible, le plein montant du gain en capital relativement à celle-ci pourra être reporté. Le PBR de l'action de remplacement est réduit d'un montant égal au gain en capital différé relativement à la disposition admissible qui lui est applicable²²⁰.

Lorsque la disposition admissible est constituée d'actions qui sont des biens canadiens imposables du particulier, les actions de remplacement relatives à cette disposition admissible sont réputées des biens canadiens imposables lui appartenant²²¹. Cela fait en sorte que la disposition ultérieure des actions par un non-résident sera assujettie à l'impôt sur le revenu canadien. Rappelons que le gain en capital réalisé par un non-résident, provenant de la disposition d'un bien canadien imposable, est assujetti à l'impôt sur le revenu²²². Dans le cas où une société devient publique, sauf pour certains actionnaires²²³, les actions du capital-actions d'une société dont les titres sont inscrits à la cote d'une Bourse visée par règlement ne sont pas des biens canadiens imposables d'un contribuable. Sans cette disposition, l'action de remplacement émise relativement à une disposition admissible par un non-résident ne serait pas un bien canadien imposable.

L'exemple qui suit illustre le fonctionnement du mécanisme du report.

- En 2004, M. Tremblay réalise un gain en capital de 60 000 \$ sur la vente d'actions ordinaires qu'il avait souscrit du trésor de la société ABC inc., une SPCC depuis sa constitution. Depuis sa constitution, sa seule activité est l'exploitation de façon active d'une entreprise de fabrication située au

²²⁰ Par. 44.1(2) « réduction du prix de base rajusté », al. b) L.I.R. et s.-al. 53(2a)(v) L.I.R.

²²¹ Al. 44.1(2)c) L.I.R.; en termes généraux, par. 248(1) « bien canadien imposable » L.I.R.; une action est un bien canadien imposable d'un contribuable si elle est : i) une action du capital-actions d'une société résidant au Canada qui n'est pas inscrite à la cote d'une Bourse de valeurs visées par règlement (art. 3200 R.I.R.), ii) l'action qui est inscrite à la cote d'une Bourse de valeurs visées par règlement si, au cours des 60 mois précédant le moment, au moins 25 % des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société appartenait au contribuable ou à une personne avec laquelle il a un lien de dépendance.

²²² Al. 2(3)c) L.I.R.

²²³ *Supra*, note 221; soit les actionnaires détenant 25 % du capital-actions d'une catégorie d'une société.

Canada. Le prix de vente des actions est de 100 000 \$ et leur PBR de 40 000 \$;

- En avril 2005, dans le premier cas, M. Tremblay achète des actions de remplacement d'Exploitante inc., pour un montant de 90 000 \$; dans la seconde hypothèse, il achète plutôt des actions de remplacement pour un montant de 100 000 \$. Pour l'année d'imposition 2004, M. Tremblay a fait le choix que les actions acquises sont des actions de remplacement relatives à la disposition des actions d'ABC inc.;
- En décembre 2005, Exploitante inc. complète son PAPE et inscrit ses titres à la cote de la Bourse de Toronto.

2004

Ventes d'actions de ABC inc.		Achat d'actions de Exploitante inc.	
1 ^{er} cas			
Prix vente	100 000 \$	Achat	90 000 \$
Moins PBR	<u>(40 000)</u>	Moins réduction	<u>(54 000)⁽¹⁾</u>
Gain en capital	60 000	PBR	<u>36 000</u>
Gain différé	<u>(54 000)⁽¹⁾</u>		
Gain en capital 2004	<u>6 000</u>		
2 ^e cas			
Prix de vente	100 000 \$	Achat	100 000 \$
Moins PBR	<u>(40 000)</u>	Moins réduction	<u>(60 000)</u>
Gain en capital	60 000	PBR	<u>40 000</u>
Gain différé	<u>(60 000)</u>		
Gain en capital 2004	<u>0</u>		

⁽¹⁾ $60\,000 \$ \times \frac{90\,000 \$}{100\,000 \$} = 54\,000 \$$

Les actions d'Exploitante inc. sont des actions de remplacement qui, tel qu'il est requis, sont acquises durant l'année d'imposition de la disposition ou les 120 jours de la fin de celle-ci. Pour l'année d'imposition 2004, dans le premier cas, le gain en capital différé, relativement à la disposition admissible des actions ordinaires d'ABC inc., est de 54 000 \$ et le gain en capital sera de 6 000 \$. Dans le second cas, le plein montant du gain en capital de 60 000 \$ est différé. Le PBR des actions acquises d'Exploitante inc. sera réduit respectivement de 54 000 \$ et de 60 000 \$ et sera égal à 36 000 \$ et à 40 000 \$.

Même si, à compter de décembre 2005, les actions ordinaires d'Exploitante inc. sont des actions qui se transigent sur le parquet de la Bourse de Toronto, cette seule inscription n'empêchera pas leur disposition d'être une disposition admissible pour M. Tremblay.

2.3.2. Disposition admissible

La « disposition admissible » qui donne ouverture au report de l'imposition du gain en capital réalisé est une disposition où chaque action répond aux conditions suivantes²²⁴ :

- i) elle est la disposition d'ADPE²²⁵ du particulier. Il s'agit d'actions ordinaires d'une société qui, au **moment** de la souscription à son capital-actions, est une SAEPE²²⁶. Il s'agit d'une société qui remplit certaines conditions, relatives à son statut de SPCC à l'utilisation de ses actifs au Canada, quant à la valeur comptable de ses actifs;
- ii) tout au long de la période pendant laquelle le particulier en a été le propriétaire, elle a été une « action ordinaire »²²⁷ d'une société exploitant activement une entreprise (ci-après « SEAE »)²²⁸;
- iii) tout au long de la période de 185 jours terminée immédiatement avant la disposition, l'action a appartenu au particulier. Aucune raison particulière ne semble justifier cette période minimale de détention. Il est possible que l'objectif de cette mesure n'ait été que d'empêcher des transactions rapides parfois appelées *flip*.

2.3.2.1. Action déterminée de petite entreprise

Une ADPE est d'abord une « action ordinaire » d'une société qui, **au moment** de la souscription par le particulier, est une SAEPE²²⁹. De plus, immédiatement avant et après la souscription, la « valeur comptable » totale des actifs de la société et des sociétés qui lui sont liées ne doit pas excéder

²²⁴ Par. 44.1(1) « disposition admissible » L.I.R.

²²⁵ Par. 44.1(1) « action déterminée de petite entreprise » L.I.R.

²²⁶ Par. 44.1(1) « société admissible exploitant une petite entreprise » L.I.R.

²²⁷ Par. 44.1(1) « action ordinaire » L.I.R.; al. 110(1)d) L.I.R. et art. 6204 R.I.R.

²²⁸ Par. 44.1(1) « société exploitant activement une entreprise » L.I.R.

²²⁹ Par. 44.1(1) « action déterminée de petite entreprise » L.I.R.

50 M\$. Ce plafond a pour but de limiter l'application du report du gain en capital à la souscription aux actions du capital-actions de sociétés qui ont, à ce moment, cette valeur.

Aux fins de déterminer la valeur comptable totale des actifs, le montant des actifs est précisé en utilisant un bilan pour la société, dressé conformément aux principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR ») utilisés au Canada²³⁰. Dans ce calcul, les actions émises et les créances qui lui sont dues par une société qui lui est liée sont réputées avoir une valeur égale à zéro. Puisque le plafond ne doit pas être excédé avant et immédiatement après l'émission des actions, même si celui-ci est excédé ultérieurement au moment de la disposition des actions, cela n'empêchera pas la disposition de constituer cette disposition admissible²³¹. Rappelons qu'en vertu des PCGR canadiens, les frais de recherche et de développement n'apparaissent généralement pas au bilan puisqu'ils sont imputés aux charges d'exploitation²³². Cela a pour conséquence de favoriser les sociétés qui effectuent de la recherche et du développement.

²³⁰ Par. 44.1(1) « valeur comptable » L.I.R.

²³¹ Voir sur la notion d'« immédiatement après » l'arrêt *Macklin c. La Reine*, 92 D.T.C. 6595 (C.F.) et AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2000-0057105, 7 mai 2001 et 2001-0087585, 25 juin 2001.

²³² INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, Toronto, ICCA, chapitre 3450, « Frais de recherche et de développement » dans lequel nous pouvons lire : « Les frais de recherche doivent être passés en charges dans la période au cours de laquelle ils sont engagés ». (par. 3450.16); « Les frais de développement doivent être passés en charges dans la période au cours de laquelle ils ont été engagés, sauf dans les conditions exposées au paragraphe 3450.21 ». (par. 3450.19); « Les frais de développement doivent être reportés sur des périodes futures si toutes les conditions ci-dessous sont remplies :

- a) le produit ou le procédé en question est bien défini et l'on peut identifier les coûts qui lui sont afférents;
- b) du point de vue technique, la faisabilité du produit ou du procédé a été démontrée;
- c) la direction de l'entreprise a indiqué son intention de produire et de commercialiser, ou d'utiliser, le produit ou le procédé;
- d) le marché potentiel du produit ou du procédé est clairement défini ou, dans le cas où l'entreprise compte s'en servir pour son propre usage, il est établi que le produit ou le procédé sera utile à l'entreprise;
- e) l'entreprise dispose déjà, ou prévoit pouvoir disposer, les ressources nécessaires pour mener le projet à terme. » (par. 3450.21) (Notre soulignement)

Il faut faire preuve de prudence dans la détermination de la valeur comptable des actifs, car la législation ne contient pas d'ajustement ou de mesure supplétive lorsque le plafond de 50 M\$ avant et après la souscription, par le particulier, est excédé²³³. Tout excédent peut faire en sorte que des actions ordinaires acquises ne soient pas des ADPE, donc des actions de remplacement. Par ailleurs, le mécanisme du report du gain en capital exige un appariement de l'achat d'actions de remplacement avec une disposition admissible. En effectuant le choix de différer l'imposition du gain en capital, on doit stipuler les actions de remplacement qui vont de pair avec une disposition admissible. Dans certaines situations, on pourrait considérer effectuer quelques dispositions séparées et des choix de sorte qu'après le placement, le cas échéant, seules les actions de remplacement entraînant un excédent de la valeur comptable des actifs au-delà du plafond de 50 M\$ ne déclencheraient pas un report de l'imposition du gain en capital qui leur est rattaché.

Les actions ordinaires doivent être souscrites du trésor de la société par le particulier²³⁴. Sous réserve des règles de certains roulements familiaux et d'échanges d'actions, discutés dans le présent texte, des actions qui sont acquises d'une autre personne ne remplissent donc pas cette condition.

Aux fins de l'article 44.1 L.I.R., « action ordinaire » signifie une action qui satisfait aux conditions prescrites utilisées dans le cadre de la déduction relative aux avantages accordés à un employé qui bénéficie de droits d'achat d'actions²³⁵. En termes généraux, il s'agit d'actions participantes, dont les droits ne limitent pas le montant que l'on peut recevoir sous forme de dividende ou lors de la liquidation de la société émettrice. Elles ne doivent pas porter de droits permettant leur rachat ou leur conversion en actions autres que des actions ordinaires. Les conditions de l'action ou d'un accord existant ne doivent pas faire en sorte que l'on ne peut s'attendre à ce qu'elles soient rachetées, acquises ou annulées ou leur capital versé retourné dans les deux ans de leur émission²³⁶.

²³³ Les mesures d'équité du paragraphe 220(3.2) L.I.R. ne visent pas l'article 44.1 L.I.R.

²³⁴ Voir sur le sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2001-0081015, 13 décembre 2001 et 2002-0131455, 4 juin 2002, où l'ARC indique qu'il doit s'agir d'actions et non d'options.

²³⁵ Le paragraphe 44.1(1) « actions ordinaires » L.I.R. renvoie à l'alinéa 110(1)d) L.I.R. qui a recours à l'article 6204 R.I.R.; voir aussi notre discussion ci-dessus sur les options.

²³⁶ Al. 6204(1b) R.I.R.; ne sont pas visées par cette règle : i) la fusion d'une filiale à 100 %, ii) la liquidation à laquelle s'applique le paragraphe 88(1) L.I.R. et iii) une disposition ou attribution à laquelle s'applique le paragraphe 84(2) L.I.R.

Lorsqu'une société devient publique, un particulier peut faire le choix de l'article 48.1 L.I.R. d'être réputé avoir disposé et d'avoir réacquis des actions à un montant désigné, afin de profiter de l'exemption du gain en capital²³⁷. Rappelons que les actions admissibles au report du gain et les actions de remplacement doivent avoir été émises du trésor de la société émettrice. Le paragraphe 44.1(11) L.I.R. édicte que l'article 48.1 L.I.R. n'est pas pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si une action appartenant à un particulier est une ADPE de celui-ci. Cette présomption fait en sorte que l'aliénation et l'acquisition présumée de l'article 48.1 L.I.R. n'empêchent pas d'avoir recours aux dispositions de l'article 44.1 L.I.R. afin de différer l'imposition d'un gain en capital admissible.

2.3.2.2. Société admissible exploitant une entreprise

Au moment de la souscription par un particulier à des actions ordinaires du trésor, la société émettrice doit être une SAEPE. Il s'agit d'une SPCC²³⁸, autre qu'une société exclue²³⁹ dont la « totalité ou la presque totalité »²⁴⁰ de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de ses actifs, est attribuable soit à des :

- i) actifs utilisés principalement dans le cadre d'une entreprise exploitée activement principalement au Canada par elle ou par une telle société qui lui est liée²⁴¹. Une « entreprise exploitée activement »²⁴² est définie

²³⁷ Art. 48.1 et 110.6 L.I.R.

²³⁸ Par. 248(1) « société privée contrôlée par des canadiens » L.I.R. qui renvoie au paragraphe 125(7) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-458R2, *op. cit.*, note 145; voir aussi notre discussion ci-dessus sur le sujet.

²³⁹ Par. 44.1(10) L.I.R.; voir notre discussion ci-après sur le sujet.

²⁴⁰ Administrativement, l'ARC interprète « totalité ou presque totalité » comme signifiant 90 % ou plus; voir également sur le sujet les arrêts *Eberle c. La Reine*, 2001 D.T.C. 158, *Watts c. La Reine*, 2004 D.T.C. 3111 (C.C.I.); aussi, Arthur B.C. DRACHE, vol. XXVI, *The Canadian Taxpayer*, Scarborough, Ont., Professional Publishing Canada, 9 novembre 2004, p. 174.

²⁴¹ Art. 251 L.I.R.; voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 195.

²⁴² Par. 248(1) « entreprise exploitée activement » L.I.R.; voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-73R6, « Déduction accordée aux petites entreprises », 25 mars 2002. On notera pour qu'il y ait une entreprise, il faut un certain niveau d'activité. Le mot « entreprise », tel qu'il est défini au paragraphe 248(1) L.I.R., comprend « les projets comportant un risque ou les affaires de caractère commercial » et dans l'affaire *MRN c. Tara Exploration & Development Co.*,
(à suivre...)

comme une entreprise exploitée activement par la société autre qu'une « entreprise de placement déterminée »²⁴³ ou une « entreprise de prestation de services personnels »²⁴⁴;

- ii) actions émises par une SAEPE ou des créances qui lui sont dues par une telle société à laquelle elle est liée.

2.3.2.3. Société exploitant activement une entreprise

Entre autres, pour que la disposition d'une action soit une disposition admissible donnant ouverture au report de l'imposition de son gain en capital « tout au long de la période pendant laquelle le particulier en a été le propriétaire, elle devra avoir une action ordinaire d'une société exploitant activement une petite entreprise » (SEAE)²⁴⁵. Une SEAE est une société, autre qu'une société exclue²⁴⁶, qui est une :

- « société canadienne imposable »²⁴⁷. Il s'agit d'une société qui est d'abord une « société canadienne »²⁴⁸, soit une société qui réside au Canada. De plus, elle ne doit pas être exonérée de l'impôt sur le revenu;

(...suite)

70 D.T.C. 6370 (C. de l'É.), on conclut que l'exploitation d'une entreprise requerrait une certaine continuité dans les opérations; voir aussi *Synchrosat Ltd. c. La Reine*, 2000 D.T.C. 2468 (C.C.I.). Dans l'arrêt *Can. Marconi Co. c. La Reine*, précité, note 176, la Cour suprême conclut qu'il y avait une présomption réfutable qu'une société exploitait une entreprise; dans l'affaire *Hudon et autres c. La Reine*, 2001 D.T.C. 5630 (C.A.F.), la Cour conclut que le fait d'être continuellement à la recherche de nouveaux marchés ou de poursuivre constamment des négociations d'affaires peut constituer l'exploitation active d'une entreprise. Voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 177 ainsi que Constantine A. KYRES, « Exploiter une entreprise au Canada », (1995), vol. 43, n° 5 *Revue fiscale canadienne* 1672-1718.

²⁴³ Paragraphe 248(1) « entreprise de placement déterminée » L.I.R. qui renvoie au paragraphe 125(7) L.I.R.

²⁴⁴ Paragraphe 248(1) « entreprise de prestation de services personnels » L.I.R. qui renvoie au paragraphe 125(7) L.I.R.

²⁴⁵ Par. 44.1(1) « société exploitant activement une entreprise » L.I.R.; voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-73R6, *op. cit.*, note 242.

²⁴⁶ Par. 44.1(10) L.I.R. ; voir notre discussion ci-après sur le sujet.

²⁴⁷ Paragraphe 248(1) « société canadienne imposable » L.I.R. qui renvoie au paragraphe 89(1) L.I.R.

²⁴⁸ Par. 248(1) « société canadienne » L.I.R.

- société dont la totalité ou la presque totalité de la JVM des actifs est attribuable, soit à :
 - des actifs utilisés principalement dans le cadre d'une « entreprise exploitée activement »²⁴⁹ par elle ou par une société qui lui est liée;
 - des actions ou créances de sociétés qui lui sont liées qui exploitent activement une entreprise.

De plus, la société doit avoir été exploitée principalement au Canada pendant :

- i) au moins 730 jours, si le particulier a été propriétaire de l'action ordinaire pour plus de 730 jours; notons qu'il n'est pas requis que ces jours soient consécutifs;
- ii) toute la période où le particulier est propriétaire de l'action, s'il a été propriétaire de l'action pour moins de 730 jours²⁵⁰.

Au moment de la souscription à des actions de remplacement, les actions ordinaires se doivent d'être des actions du capital-actions d'une SAEPE qui est, entre autres, une SPCC. Par ailleurs, lors de la disposition des actions, il est requis que la société soit une SEAE et non une SAEPE. Si des actions ordinaires ont été émises alors qu'une société était une SPCC, par la suite devenue une société publique, cela n'empêche pas ses actions d'être des actions d'un particulier dont la disposition peut, par ailleurs, constituer une disposition admissible.

2.3.3. Actions de remplacement

L'action dont l'acquisition donne droit au report de l'imposition du gain en capital réalisé dans le cadre d'une disposition admissible est une action qui satisfait à la définition d'« action de remplacement »²⁵¹. Une action de remplacement est une ADPE qui, **au moment** de sa souscription, est une action ordinaire émise au particulier par une SAEPE²⁵².

²⁴⁹ Par. 248(1) « entreprise exploitée activement » L.I.R.; *supra*, note 243.

²⁵⁰ Par. 44.1(9) L.I.R.

²⁵¹ Par. 44.1(1) « action de remplacement » L.I.R.

²⁵² Voir ci-dessus notre discussion sur le sujet à la section 2.3.2.1. « Action déterminée de petite entreprise ».

Les actions de remplacement doivent être acquises au cours de :

- i) l'année d'imposition de la disposition admissible par le particulier; ou
- ii) 120 jours suivant la fin de cette année.

L'acquisition d'une action de remplacement peut être effectuée avant ou après la disposition admissible, mais au plus tard 120 jours suivant la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle la disposition admissible a eu lieu.

Le particulier doit désigner dans sa déclaration de revenus les actions de remplacement relatives à une disposition admissible²⁵³. Présentement, aucun formulaire n'est prescrit à cette fin. Un document contenant le choix du report avec les détails sur les actions qui font partie de la disposition admissible ainsi que les actions de remplacement se rapportant à cette disposition devrait être annexé à la déclaration de revenus du particulier pour l'année d'imposition de la disposition admissible.

2.3.4. Utilisation des biens

La définition de SAEPE et celle de SEAE, tel qu'il a été discuté précédemment, requièrent un certain niveau d'utilisation des actifs de la société, dans le cas de la première, dans une entreprise exploitée activement au Canada et dans le cas de la seconde, dans une entreprise exploitée activement.

Un allègement relativement à la règle sur l'utilisation des actifs dans une SEAE est prévu²⁵⁴. Dans les situations décrites ci-dessous où des biens ne seraient pas, à un moment donné, utilisés dans une entreprise exploitée activement (ci-après « biens excédentaires »), ceux-ci sont réputés utilisés et détenus par la société dans le cours de l'exploitation active d'une entreprise. Cette présomption s'applique dans les cas où la société a un excédent de biens qui provient de l'émission d'une créance ou d'une action de son capital-actions de la société, ou de l'aliénation d'un bien utilisé ou détenu par elle dans le cadre d'une entreprise exploitée activement ou encore de l'accumulation de revenu provenant d'une entreprise exploitée activement par elle. Le but de cette accumulation doit être l'acquisition de biens **en vue** de tirer un revenu d'une entreprise exploitée activement par elle. Les biens

²⁵³ Par. 44.1(1) « action de remplacement », al. b) L.I.R.

²⁵⁴ Par. 44.1(8) L.I.R.

doivent être acquis dans une entreprise exploitée activement au cours de la période de 36 mois suivant l'un des événements ci-dessus. L'application de cette règle pourrait s'avérer problématique à l'occasion. Par exemple, prenons le cas où des actions sont disposées avant la fin de la période de 36 mois, alors que la société a des biens excédentaires, qui ne sont pas encore utilisés dans une entreprise exploitée activement. Durant la période de propriété des actions ordinaires par le particulier, la société doit être une SEAE. S'il s'avérait que la société n'effectue pas l'utilisation prévue des biens excédentaires, la disposition ne serait pas alors une disposition admissible. Relativement à l'intention de l'accumulation, la législation ne contient pas de précision sur les critères à utiliser pour établir le lien requis entre l'accumulation de biens et l'intention d'utilisation prévue dans une entreprise.

Dans une interprétation technique, l'ARC a précisé que la règle ci-dessus ne s'applique que s'il existe déjà une entreprise²⁵⁵. Selon cette dernière, la simple constitution d'une société ne serait pas suffisante pour considérer qu'il existe une entreprise.

La nécessité de cette disposition est fondée sur la prémisse que temporairement, la société a un excédent de biens non utilisé dans une entreprise exploitée activement et qui le serait dans un délai de 36 mois. La loi ne nous fournit pas de précision sur les critères à utiliser en pareille circonstance pour déterminer les actifs excédentaires. Les règles relatives aux déductions pour petites entreprises relativement à ce qui constitue un revenu d'entreprise exploitée activement et les actifs excédentaires en pareil cas sont possiblement un guide à utiliser²⁵⁶.

2.3.5. Société exclue

Aux fins de l'article 44.1 L.I.R., n'est pas une SAEPE ou une SEAE (société exclue) la société qui, à un moment donné²⁵⁷, est :

²⁵⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-008379, 3 novembre 2004; l'analyse de l'ARC sur le sujet fait référence au *Bulletin d'interprétation* IT-364, *op. cit.*, note 176, par. 2, qui contient la position administrative sur les critères à utiliser pour déterminer quand l'exploitation d'une entreprise débute; voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-008101, 13 décembre 2001.

²⁵⁶ Voir sur le sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-73R6, *op. cit.*, note 242, par. 4 à 8.

²⁵⁷ Par. 44.1(10) L.I.R.

- « i) une “société professionnelle”²⁵⁸;
- ii) une “ institution financière déterminée”²⁵⁹;
- iii) une société dont l’entreprise principale²⁶⁰ consiste à louer, à aménager ou à vendre des biens immeubles dont elle est propriétaire, ou à faire plusieurs de ces activités;
- iv) une société dont plus de 50 % de la JVM des biens (déduction faite des dettes contractées pour acquérir les biens) est attribuable à des biens immeubles. »

Dans une interprétation technique, l’ARC commente l’admissibilité à la règle du report du gain en capital d’actions d’une société exploitant une ferme. Elle indique que dans le cas d’une ferme, probablement plus de 50 % de la JVM de ses actifs proviennent de biens immobiliers et que, de ce fait, les actions émises d’une telle société soient exclues de l’application des dispositions de report du gain en capital²⁶¹.

Au moment de la souscription à une action ordinaire du capital-actions d’une société, si la société est une société exclue, cette acquisition ne sera pas l’acquisition d’une action de remplacement. Également, si à un moment donné durant la propriété de l’action par un particulier, la société devient une société exclue, une disposition par ce dernier d’actions de la société ne constituera pas une disposition admissible. La disposition de l’action ne remplira pas alors une des conditions requises pour être d’une disposition admissible. En effet, tout au long de la période pendant laquelle le particulier en a été le propriétaire, la société n’aura pas été une société exploitant activement une entreprise.

²⁵⁸ Par. 248(1) « société professionnelle » L.I.R.

²⁵⁹ Par. 248(1) « institution financière déterminée » L.I.R.

²⁶⁰ Voir sur le sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 184 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d’interprétation* IT-290 (abrégé), « Corporation de placement appartenant à des non-résidents - Sens de l’expression “entreprise principale” », 16 février 1976.

²⁶¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2002-0120945, 25 mars 2002 et 2004-005717, 6 mai 2004.

2.3.6. Ordre de disposition des actions

Un particulier pourrait avoir acquis des actions ordinaires alors que la société remplissait les conditions requises pour différer le gain en capital lors d'une disposition. Aussi, cette même personne pourrait avoir acquis des titres identiques, alors que la société ne répond plus aux conditions requises donnant ouverture à ce report. Par exemple, on aurait souscrit à des actions ordinaires de la société avant et après qu'elle ne soit publique. Dans l'état actuel de la législation, il pourrait être difficile de déterminer si on dispose d'actions donnant ouverture au report. Il est proposé d'introduire une nouvelle règle qui prévoit qu'aux fins de l'article 44.1 L.I.R., un particulier est réputé disposer d'actions qui sont des biens identiques dans l'ordre dans lequel il les a acquis²⁶².

2.3.7. Échange d'actions

Certaines actions ordinaires qui n'ont pas été souscrites du capital d'une SAEPE par un particulier donnent quand même ouverture au report de l'imposition d'un gain en capital.

Dans certains cas, un particulier peut différer le gain en capital provenant de l'aliénation d'actions reçues dans le cadre d'un échange d'actions. Il s'agit de situations où les actions disposées ont été acquises dans le cadre d'un des roulements suivants :

- l'alinéa 85(1)h) L.I.R. – transfert de biens à une société;
- le paragraphe 85.1(3) L.I.R. – disposition d'actions d'une société étrangère affiliée;
- le paragraphe 87(4) L.I.R. – fusion de sociétés.

Il est proposé de supprimer le paragraphe 85.1(3) L.I.R. et d'ajouter à cette liste les roulements suivants :

- l'article 51 L.I.R. – échanges de titres;

²⁶² CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives, avant-projets de règlement et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, 27 février 2004, par. 19(4), applicable, si cela est sanctionné, aux dispositions effectuées après le 27 février 2004.

- le paragraphe 85.1(1) L.I.R. – échanges d’actions;
- l’article 86 L.I.R. – réorganisation du capital²⁶³.

Dans le cadre d’une PCI d’une SCD ou d’une société inscrite, plusieurs des dispositions de roulement sont régulièrement utilisées. Les règles d’échange qui permettent de maintenir le recours aux dispositions de report de l’imposition du gain en capital se retrouvent aux paragraphes 44.1(6) et 44.1(7) L.I.R.

Dans le cas du paragraphe 44.1(6) L.I.R., les conditions d’application des règles d’échange relatives aux dispositions de roulement ci-dessus sont :

- les actions que reçoit le particulier dans le cadre de l’échange sont des ADPE d’une autre société en échange d’ADPE d’une société, et il s’agit de l’unique contrepartie de la disposition. Il est proposé de modifier cette règle afin qu’elle s’applique à un échange d’actions d’une société contre des actions de cette société ou d’une autre²⁶⁴. Les nouvelles actions sont réputées avoir appartenu au particulier tout au long de la période au cours de laquelle les actions échangées lui ont appartenu. Notons que ce paragraphe ne s’appliquera pas s’il s’agit d’un échange où la société émettant des actions est publique. En effet, les actions reçues et les actions échangées doivent être des ADPE. De telles actions sont des actions émises par une société qui est une société privée. Aux termes de la proposition de modification, les actions échangées pourront provenir de la société;
- l’échange s’est effectué en franchise d’impôt sur le revenu. Plus précisément, le total des produits de disposition des actions échangées pour le particulier doit correspondre au total des montants représentant chacun le PBR, pour lui, d’une action échangée immédiatement avant la disposition.

Par ailleurs, les conditions d’application du paragraphe 44.1(7) L.I.R. sont les suivantes :

- les actions reçues sont des actions ordinaires et il s’agit de l’unique contrepartie de la disposition d’actions ordinaires d’une autre société; il

²⁶³ *Id.*, par. 19(1).

²⁶⁴ *Id.*

est proposé de modifier cette règle afin qu'elle s'applique à un échange d'actions d'une société contre des actions de cette société ou d'une autre²⁶⁵. Les nouvelles actions sont réputées avoir appartenu au particulier tout au long de la période au cours de laquelle les actions échangées lui ont appartenu.

- la disposition était une « disposition admissible » effectuée par le particulier;
- l'échange s'est effectué en franchise d'impôt sur le revenu. Plus précisément, le total des produits de disposition du particulier relativement à la disposition des actions échangées doit correspondre au total des PBR, pour lui, immédiatement avant la disposition de ces actions.

Les nouvelles actions sont alors réputées des ADPE du particulier, ainsi que des actions d'une SEAE qui lui ont appartenu tout au long de la période au cours de laquelle il a été propriétaire des actions échangées.

2.3.8. Exonération du gain en capital et le revenu protégé

Un particulier qui dispose d'actions qui répond à la définition de disposition admissible et qui n'a pas encore pleinement utilisé son exonération du gain en capital souhaitera d'abord utiliser cette déduction avant d'avoir recours à l'article 44.1 L.I.R. puisque cette dernière n'est qu'une mesure qui diffère l'imposition du gain en capital²⁶⁶. Par ailleurs, on pourra reporter le gain en capital qui excède le montant de l'exonération disponible²⁶⁷. Aussi, un particulier pourrait souhaiter différer son gain en capital à une année d'imposition où la disposition sera plus appropriée pour lui tout en effectuant l'acquisition d'actions de remplacement. Cependant, s'il souhaite se prévaloir de l'exonération du gain en capital au cours d'une disposition ultérieure, il faudra que la société dont les actions sont disposées ne soit pas alors une société publique.

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ Art. 110.6 L.I.R.

²⁶⁷ Aux termes de l'alinéa 110.6(14)a) L.I.R., le contribuable est réputé disposer de ses actions dans l'ordre où il les a acquises. Cette règle est la même que celle qui est proposée; si elle est sanctionnée, qui apparaîtra au paragraphe 44.1(13) L.I.R.; voir l'analyse ci-après sur l'ordre de disposition.

Également, il est possible de procéder à la distribution du revenu protégé et de différer une partie de l'imposition du gain en capital réalisé²⁶⁸. Il faudra alors faire preuve de prudence afin de ne pas disqualifier au report du gain en capital les actions dans le cadre d'une telle opération. Dans ces cas, on aura probablement recours à certaines des règles d'échanges discutées ci-dessus²⁶⁹.

Le tableau qui suit illustre certaines des conditions applicables permettant de se prévaloir des règles du report de l'imposition du gain en capital et celles sur l'exonération du gain en capital.

	Exonération du gain en capital	Report du gain en capital
Catégorie d'actions	Ordinaires ²⁷⁰	s.o. ²⁷¹
Souscrite du trésor	s.o.	Requis
Souscrite du trésor par le vendeur (particulier)	s.o.	Requis ou si acquis par le vendeur dans le cadre de certains roulements au sein d'une famille ou d'un échange prescrit
Période de propriété minimale	2 ans	185 jours
Société émettrice lors de la souscription	s.o.	SAEPE (c'est-à-dire SPCC et 90 % de la JVM des actifs est attribuable à des actifs utilisés principalement dans le cadre d'une entreprise exploitée activement principalement au Canada)
Durant la propriété des actions par le particulier : entreprise exploitée activement principalement (50 %) au Canada	Durant les 24 mois avant l'aliénation ²⁷²	Durant 730 jours, si propriétaire pendant plus de 730 jours et la période de propriété dans les autres cas

²⁶⁸ Par. 55(2) L.I.R.

²⁶⁹ Voir sur le sujet L. A. MATHISON, *loc. cit.*, note 200.

²⁷⁰ Par. 44.1(2) L.I.R.

²⁷¹ Voir aussi par. 110.6(2) « actions admissibles de petite entreprise », al. f) L.I.R.

²⁷² Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise », al. b), c) et f) L.I.R.

Au moment de la disposition la société	SEPE ²⁷³	SEAE ²⁷⁴ (société canadienne imposable, 90 % de la JVM des actifs est attribuable à des actifs utilisés principalement dans le cadre d'une entreprise exploitée activement au Canada)
Impôt minimum de remplacement ²⁷⁵	Oui	Non
Ordre de disposition	FIFO	FIFO (Proposition)

2.3.9. Sociétés inscrites ou qui s'inscriront à la cote

Différentes situations se présentent lors d'une première inscription en Bourse d'une société privée contrôlée par des Canadiens. Cette inscription se fait généralement dans le cadre d'un PAPE, d'une PCI d'une SCD ou d'une société déjà inscrite à la cote ou d'une autre opération.

La disposition d'une action qui permet de différer l'imposition de son gain en capital est une disposition admissible. L'action aliénée sera une action ordinaire qui aura été souscrite du trésor d'une société qui était à ce moment une SAEPE. Rappelons, entre autres, qu'il doit s'agir d'une SPCC au moment de la souscription de l'action ordinaire. De plus, à ce moment, la totalité ou la presque totalité de la JVM des actifs de la société doit être attribuable à des actifs utilisés en totalité ou en presque totalité principalement pour des biens utilisés dans le cadre d'une entreprise exploitée activement principalement au Canada, par elle ou par une société liée ou est constituée d'actions ou de dettes de telles sociétés qui lui sont liées. La valeur comptable de ses actifs avant et après la souscription ne doit pas excéder 50 M\$. Au cours de la période pendant laquelle le particulier a été propriétaire de l'action ordinaire, la société devait être une SEAE. En termes généraux, il s'agit d'une société résidant au Canada dont la JVM de ses actifs est attribuable en totalité ou en presque totalité à des actifs utilisés principalement dans le cadre d'une entreprise exploitée activement par elle ou par une société qui lui est liée, pas nécessairement au Canada, ou d'actions émises ou de créances dues par une société exploitant activement

²⁷³ Par. 248(1) « société exploitant une petite entreprise » L.I.R.

²⁷⁴ Par. 44.1(1) « société exploitant activement une entreprise » L.I.R.

²⁷⁵ Art. 127.51 et 127.52 L.I.R.

une entreprise qui lui est liée. Pour être une SEAE, une société n'a pas l'obligation d'être une SPCC.

Dans le contexte d'une mise en Bourse d'une SPCC, quelles sont les actions qui sont admissibles au report du gain en capital? Quelles sont les actions dont le gain en capital sera une disposition admissible, en assumant que la société sera résidente au Canada et exploitera sans interruption une entreprise active²⁷⁶?

Après la mise en Bourse dans le cadre d'un PAPE, certains actionnaires auront ou détiendront des actions ordinaires souscrites du trésor de la société dont la disposition répond aux conditions d'une disposition admissible donnant ouverture au report de l'imposition du gain en capital. L'acquisition par de tels particuliers d'actions de remplacement leur donnera droit au report du gain en capital. Dans bien des cas, il s'agira d'actionnaires fondateurs ou autres qui ont souscrit à des actions du trésor du capital de la société avant qu'elle ne devienne une société publique. Dans certains cas, celui-ci ne détiendra plus les actions souscrites à l'origine. Par ailleurs, celui-ci pourrait les avoir acquises dans le cadre d'un échange prescrit. Dans certains cas, le disposant sera le conjoint, l'ex-conjoint ou l'enfant de celui qui a souscrit à l'origine aux actions d'une SAEPE. Dans le cadre d'une stratégie de diversification, l'actionnaire pourrait confier une partie de telles actions ou le produit provenant de l'aliénation de celles-ci à un gestionnaire de placements qui ferait la gestion d'un portefeuille d'actions de remplacement dans le cadre d'un AAMEC.

Qu'en est-il des particuliers actionnaires d'une société qui inscrit des titres à la cote d'une Bourse de valeurs canadienne par la voie d'une méthode autre d'inscription, soit une PCI d'une société déjà inscrite à la cote ou dans le cadre du programme des SCD? Généralement, ceux-ci sont dans la même situation que les particuliers actionnaires d'une société qui a fait son inscription à la cote dans le cadre d'un PAPE.

Est-ce que les actionnaires du public du PAPE d'une SCD peuvent se prévaloir des dispositions du report du gain en capital s'ils souscrivent au capital-actions de celle-ci avant son inscription à la cote de la Bourse de croissance TSX? D'abord, avant son inscription à la cote de la Bourse de croissance TSX, la société est probablement une SPCC avec un actif dont la

²⁷⁶ Également, que la règle de 185 jours de propriété par le particulier ainsi que celle de 730 jours d'exploitation principalement au Canada auront été respectées; sur ces sujets, voir les commentaires ci-dessus.

valeur comptable est de moins 50 M\$. Lors de la souscription au capital-actions de la société, est-ce que la totalité ou la presque totalité de la JVM de ses actifs est attribuable à des biens utilisés principalement dans une entreprise principalement exploitée au Canada? Ceci est une question de fait. Il faut d'abord déterminer si elle exploite activement avant son PAPE et son inscription à la cote, ainsi qu'avant son opération admissible. Dans le cas d'une SCD, à moins qu'elle ne soit inactive, nous sommes d'avis qu'il serait difficile de conclure autrement, compte tenu du niveau d'activités qu'ont généralement les SCD. Celle-ci effectue un PAPE auprès de plus de 200 actionnaires, elle a un conseil d'administration très actif, elle effectue des analyses et des recherches, elle conduit des négociations avec une ou plusieurs cibles aux fins de compléter son opération admissible, elle embauche des employés, elle a recours à une batterie de professionnels et d'intervenants et interagit avec ceux-ci.

2.4. PLACEMENTS ADMISSIBLES

Certains contribuables en quête d'un rendement supérieur se tournent vers le capital de risque²⁷⁷. Pour ceux qui acceptent qu'une partie raisonnable de leur portefeuille d'investissements comporte une telle part de risques, la *Loi de l'impôt sur le revenu* fait en sorte et permet que de tels placements faits dans le cadre d'un REÉR, d'un fonds enregistré de revenu de retraite

²⁷⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletins d'interprétation* IT-320R3, « Placements admissibles - Fiducie régie par un régime enregistré d'épargne-retraite, par un régime enregistré d'épargne-études ou par un fonds enregistré de revenu de retraite », 1^{er} juillet 2002; IT-412R2, « Biens étrangers détenus par des régimes agréés », 16 janvier 1995; IT-124R6, « Cotisations à un régime enregistré d'épargne-retraite », 31 janvier 1995; IT-415 (archivé), « Désenregistrement de régimes enregistrés d'épargne-retraite », 9 août 1995; *Circulaires d'information* 72-22R9, « Régimes enregistrés d'épargne-retraite », 17 juin 1996; 78-18R6, « Fonds enregistrés de revenu de retraite », 6 mars 2002; William HOLMES, « Qualifying Investments in Private Corporations for an RRSP », dans *RRSP Planning*, Federated Press, vol. III, n° 4, 1996, 206-212; Michael F. T. ADDISON et Gil J. KORN, « Employee Stock Options: An Update », (2000), vol. 48, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 778-848; François BÉDARD, « Financement à même les régimes différés », dans *Journée d'études fiscales 1993*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1993, pp. 9:1-35; Michel TURCOT, « REÉR - Placements dans les sociétés privées », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 22:1-31; François MORIN, « Investissement et rémunération des promoteurs et des gestionnaires », dans *Colloque - Financement nord-américain dans la turbulence*, 115, tome I, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 22:1-44 et Derrold V. NORGAARD, « Financing the Acquisition of a Small Business », dans *Corporate Management Tax Conference 1996*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1997, pp. 15:1-52.

(ci-après « FERR ») ou d'un régime enregistré d'épargne-études soient effectués dans le capital-actions et des créances émises par certaines sociétés. Nous limitons ici notre analyse aux placements admissibles pour ces seuls régimes (ci-après « placement admissible »). Bien qu'il existe parfois certaines distinctions relativement au traitement fiscal, particulièrement quant aux déductions permises des contributions, le mot « régime » sera utilisé pour désigner indistinctement ces trois types de fiducies.

Un conseiller en placement doit s'assurer qu'un tel investissement est conforme aux objectifs d'investissement de son client. Le risque financier rattaché à cette catégorie de placements peut être atténué par une stratégie de diversification à l'intérieur de cette catégorie d'actifs du portefeuille de l'investisseur. Une telle diversification peut être atteinte indirectement si le régime fait l'acquisition de parts d'une « société de personnes en commandite de placement dans des petites entreprises »²⁷⁸ ou d'unités d'une « fiducie de placement dans des petites entreprises »²⁷⁹. Évidemment, cela profite autant aux investisseurs qu'aux sociétés elles-mêmes, ces dernières bénéficiant d'un intéressement à l'investissement sans efforts particuliers de leur part.

On doit aussi tenir compte du fait que le gain sur la disposition d'actions d'une PME, publique ou privée, déclenche dans la plupart des cas un gain en capital dont seulement 50 % est imposable. Rappelons que le retrait d'un régime est pleinement imposable peu importe le type de revenu gagné par le régime²⁸⁰. Si le placement dans la PME par le régime ne produit pas de rendement, la perte en capital provenant de sa disposition d'actions d'une société ne pourra être déduite par le rentier à titre de perte en capital ou de

²⁷⁸ Par. 5102(1) R.I.R. Nous ne traitons pas de ces régimes dans le présent texte; sur le sujet, voir Stephen S. HELLER et Andrew HARRISON, « Pension Fund Investment in Real Estate », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 31:1-40; Stephen S. HELLER, « Financing by Canadian Pension Plans », dans *Corporate Management Tax Conference 1986*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1987, pp. 328-384 et du même auteur, « Investments by Registered Pension Plans, Registered Saving Plans and Deferred Profit Sharing Plans: The Fiscal and Regulatory Framework », dans *Conference on Retirement Planning: The New Tax Rules*, 1988, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, pp. 4:1-87.

²⁷⁹ Par. 5103(1) R.I.R.

²⁸⁰ Al. 56(1)h) et q) L.I.R.

perte au titre de placements d'entreprises²⁸¹. S'il s'agit d'actions d'une société privée, le rentier ne peut se prévaloir de l'exonération du gain en capital de 500 000 \$ relativement à la disposition de tels titres²⁸². De plus, seul un particulier (autre qu'une fiducie) peut se prévaloir du roulement des « anges investisseurs »²⁸³.

Comme nous le verrons²⁸⁴, il est possible qu'une fiducie régie par un régime puisse investir tant dans des actions du capital-actions d'une société publique, inscrite à une Bourse canadienne ou étrangère qu'au sein d'une société privée, laquelle pourrait devenir une société inscrite à la cote d'une Bourse de valeurs. Nous étudierons donc les différentes caractéristiques relatives à ces placements, en analysant leur pertinence et leur utilité dans le cadre du financement par du capital de risque public.

Notons d'entrée de jeu que la position de l'ARC est que la fiducie du régime doit être le propriétaire véritable des placements²⁸⁵. Différentes

²⁸¹ Par. 40(1) aussi pour la PME privée, al. 39(1)c) et 50(1)b) L.I.R.; voir sur le sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-484R2, « Perte au titre d'un placement d'entreprise », 28 novembre 1996.

²⁸² Art. 110.6 L.I.R.

²⁸³ Art. 44.1 L.I.R.; voir aussi notre discussion sur le sujet.

²⁸⁴ Al. 4900(1)b) R.I.R.; paragraphe 248(1) « sociétés publiques » L.I.R. qui renvoie au paragraphe 89(1) L.I.R.; sont des sociétés publiques, au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les sociétés qui résident au Canada et dont une catégorie d'actions de leur capital-actions est cotée, à ce moment, à une Bourse de valeurs au Canada visée par règlement; art. 3200 R.I.R. Une partie, une division ou une subdivision d'une Bourse de valeurs qui est visée par règlement pour l'application d'une disposition de la présente loi est réputée, pour l'application de cette disposition, être une Bourse de valeurs visée par règlement (par. 248(29) L.I.R.). Cela engloberait NEX, un marché de négociations de certains titres qui se négociaient auparavant sur le parquet de la Bourse de Toronto ou de la Bourse de croissance TSX (voir aussi notre discussion sur le sujet).

²⁸⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, *op. cit.*, note 277, par. 2 :

« Tout placement admissible d'une fiducie régie par un régime doit être la propriété du fiduciaire de la fiducie régie par un régime et non celle du rentier, du bénéficiaire ou du souscripteur. S'il s'agit d'une action ou de tout autre titre, son enregistrement au nom du fiduciaire de la fiducie régie par un régime confirme que ce fiduciaire en est le propriétaire. Toutefois, il peut arriver qu'un titre soit considéré comme un placement admissible pour une fiducie régie par un régime bien que son fiduciaire n'en soit pas le détenteur inscrit au registre. Cela peut être le cas lorsque, par exemple, un négociant en valeurs détient les placements admissibles

(à suivre...)

conséquences fiscales et pénalités sont déclenchées lorsqu'un régime fait l'acquisition, possède ou dispose d'un bien qui n'est pas un placement admissible²⁸⁶. Nous discuterons ci-après des principales dispositions qui qualifient de placements admissibles des titres émis par une société privée ou publique aux fins des régimes²⁸⁷.

2.4.1. Actions d'une SEPE

Les actions d'une PME privée sont, à certaines conditions, des placements admissibles, soit en vertu des dispositions du paragraphe 4900(6) ou du paragraphe 4900(12) R.I.R., ces deux mesures se chevauchant. En effet, une action pourrait être un placement admissible à la fois aux termes de ces deux paragraphes. Lorsque cela est possible, il est préférable que le placement soit admissible en vertu du paragraphe 4900(12) R.I.R. car aux termes de celui-ci, les conditions d'admissibilité n'ont qu'à être remplies au moment où le titre est acquis. Dans le cas du paragraphe 4900(6) R.I.R., les conditions pour que les actions soient un placement admissible doivent être satisfaites non seulement au moment de l'acquisition de celles-ci, mais aussi durant toute la période durant laquelle la fiducie régie par un régime détient les actions.

(...suite)

d'une telle fiducie à titre de mandataire du fiduciaire et qu'il est nécessaire d'enregistrer les placements au nom du négociant. Cela peut être également le cas lorsque des titres sont émis et traités par l'intermédiaire d'un dépositaire officiel tel que la Caisse canadienne de dépôt de valeurs limitée. Quand l'enregistrement et la négociation d'un titre relèvent d'un dépositaire officiel des titres et que le titre en question est par ailleurs un placement admissible pour les fiducies régies par un régime, ce titre sera un placement admissible pour une fiducie régie par un régime si son fiduciaire est la personne qui en a la propriété effective. »

Voir aussi sur le sujet de la nature des fiducies régissant les régimes, John B. CLAXTON, « Language of the Law of Trusts », (2002), vol. 62, n° 2 *Revue du Barreau* 277-317 et du même auteur, « The Quebec R.R.S.P. and Bank of Nova Scotia v. Thibault », (2003), vol. 63, n° 2 *Revue du Barreau* 257-288.

²⁸⁶ Voir sur le sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletins d'interprétation* IT-320R3, *op. cit.*, note 277, par. 28-31; IT-124R6, *op. cit.*, note 277, par. 30-34; IT-415, *op. cit.*, note 277 (voir aussi notre discussion ci-après).

²⁸⁷ Placement admissible tel qu'il est défini aux paragraphes 146(1), 146.1(1) et 146.3(1), à l'article 204 L.I.R. ainsi qu'à l'article 4900 R.I.R.

Rappelons qu'au moment de faire un tel investissement, la société cible d'une SCD sera généralement en activité et sera encore une société privée. Dans le cas d'une SCD, elle n'aura pas à ce moment fait son inscription à la cote de la Bourse de croissance TSX et sera aussi une société privée. La société cible d'une SCD ou d'une PCI sera privée tant qu'elle n'aura pas complété son opération admissible ou sa PCI. Finalement, si la mise en Bourse se fait par un PAPE, cette société sera probablement privée jusqu'à son inscription à la cote d'une Bourse de valeurs. Les actions seront probablement alors des placements admissibles en vertu d'autres dispositions discutées ci-après.

Moment de la qualification

L'alinéa 4900(12)a) R.I.R. nous indique qu'une action est un placement admissible pour une fiducie régie par un régime si au moment de l'acquisition, la société émettrice est une SEPE²⁸⁸. Aussi, au moment de l'acquisition, chaque personne qui est un rentier, un bénéficiaire ou un souscripteur (ces personnes étant ci-après appelées indistinctement « rentier ») **ne doit pas** être un « actionnaire rattaché »²⁸⁹ de la société. Le règlement n'exige pas que les actions soient des actions du trésor de la société émises au régime.

Actionnaire rattaché

Le bénéficiaire de la fiducie ne doit pas être un actionnaire rattaché de la société au moment qui suit immédiatement celui où la fiducie régie par un régime a acquis l'action. Même si après ce moment ces conditions n'étaient pas remplies, celles-ci ne cesseraient pas d'être un placement admissible pour le régime. Un actionnaire, autre qu'une « personne exonérée quant à la société »²⁹⁰, est un actionnaire rattaché dans le cas où il possède, directement ou indirectement, 10 % ou plus des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société ou d'une société liée à celle-ci. Toutefois, cet actionnaire ne sera pas considéré comme rattaché, mais plutôt comme une « personne exonérée », si les deux exigences suivantes sont satisfaites :

- il n'a pas de lien de dépendance²⁹¹ avec la société ou une autre société liée²⁹² à celle-ci;

²⁸⁸ Par. 248(1) « société exploitant une petite entreprise » L.I.R.

²⁸⁹ Par. 4901(2) « actionnaire rattaché » R.I.R.

²⁹⁰ Par. 4901(2) « actionnaire rattaché », al. b) R.I.R.

²⁹¹ Par. 251(1) « lien de dépendance » L.I.R.

²⁹² Par. 251(2) « personnes liées » L.I.R.

- le total des montants dont chacun représente le coût indiqué²⁹³ d'une action du capital-actions de la société, ou d'une autre société liée à celle-ci, qui appartient à cette personne ou est réputé lui appartenir est inférieur à 25 000 \$²⁹⁴.

Aux fins du calcul du 10 % et du 25 000 \$, on doit ajouter les actions détenues par une personne ayant un lien de dépendance avec le rentier ainsi que celles détenues par la fiducie régie par un régime. D'autre part, il faudra également inclure les actions que ces personnes et le rentier ont le droit d'acquérir²⁹⁵. En d'autres mots, on vient s'assurer que soit un nombre relativement élevé d'investisseurs souscrira ainsi aux actions, soit le montant de l'investissement sera limité. Il s'agit donc du juste milieu qu'a souhaité établir le législateur entre l'encouragement à l'investissement et la possibilité de report d'impôts. Dans le cas où deux actionnaires détiennent chacun 50 % des actions du capital-actions d'une société, la question de savoir s'il y a un lien de dépendance en sera une de fait qui devra être étudiée à la lumière de chaque situation²⁹⁶.

²⁹³ Par. 248(1) L.I.R.; « coût indiqué » signifie le PBR d'une action, tel qu'il est défini à l'article 43, soit le coût du bien ajusté conformément à l'article 53; voir sur le sujet AGENCE DU REVENUE DU CANADA, *Bulletins d'interprétation* IT-456R, 9 juillet 1990 et IT-456R5, 30 octobre 1992, « Biens en immobilisations - Certains rajustements du prix de base ».

²⁹⁴ Al. 4900(2)a) R.I.R.

²⁹⁵ Par. 4901(2.2) à 4901(3) R.I.R., notamment en exécution d'un droit contractuel, en *equity* ou autrement, immédiat ou futur, conditionnel ou non.

²⁹⁶ AGENCE DU REVENUE DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, *op. cit.*, note 277, par. 7 :

« Dans le cas où deux actionnaires sans lien de dépendance posséderaient chacun 50 % des actions du capital-actions d'une société exploitant une petite entreprise et utiliseraient leur propre fiducie régie par un régime pour acquérir des actions de la société, c'est une question de fait que celle de savoir si les actions constituent des placements admissibles pour chacune des fiducies régies par un régime. On examinera les faits et les circonstances qui surviennent immédiatement après l'acquisition afin d'en arriver à cette détermination puisque, pour qu'il ne soit pas un "actionnaire rattaché" de la société, le rentier, le bénéficiaire ou le souscripteur en vertu de la fiducie régie par un régime doit transiger sans lien de dépendance avec la société immédiatement après que la fiducie régie par un régime ait acquis les actions. En règle générale, lorsque les droits de vote d'une société fermée sont également répartis entre deux actionnaires n'ayant entre eux aucun lien de dépendance, la société sera considérée être contrôlée par le groupe composé des deux actionnaires, et non par l'un ou l'autre des deux. Donc, dans ces cas, il est possible qu'un rentier, un bénéficiaire ou un souscripteur

(à suivre...)

Actions reçues en échange de services ou de marchandises

Dans l'éventualité où le rendement sur les actions représente un montant que l'émetteur des actions verse à la fiducie régie par un régime au titre ou en paiement de services rendus ou de marchandises fournies par un particulier à l'émetteur, les actions cesseront d'être des placements admissibles²⁹⁷. Sur le sujet, l'ARC indique :

« Le paragraphe 4900(13) du Règlement traite de la nature du rendement d'un placement que fait une fiducie régie par un régime dans des actions d'une société qui exploite une petite entreprise. S'il est raisonnable de considérer que le rendement sur les actions représente, par exemple, un montant que l'émetteur des actions verse à la fiducie régie par un régime au titre ou en paiement

- de services rendus par un particulier à l'émetteur des actions ou à une personne qui lui est liée;
- de marchandises ou de services fournis à un particulier par l'émetteur des actions ou une personne qui lui est liée;

les actions cesseront, immédiatement avant la réception de ce montant, d'être des placements admissibles pour la fiducie régie par un régime²⁹⁸. »

Avantages : paragraphe 4900(12) R.I.R.

L'avantage principal d'un placement considéré comme admissible en vertu du paragraphe 4900(12) découle du fait que les exigences relatives au fait que la société soit une SEPE et que le rentier ne soit pas un actionnaire rattaché ont seulement à être respectées au moment où la fiducie régie par un régime a acquis l'action²⁹⁹. Ainsi, la perte du statut de SEPE ou l'acquisition

(...suite)

en vertu de la fiducie régie par un régime transige sans lien de dépendance avec la société immédiatement après l'acquisition des actions. Toutefois, il peut y avoir d'autres circonstances qui indiqueraient que cette personne avait un lien de dépendance avec la société comme, par exemple, lorsque les actions que possède la fiducie régie par un régime permettent un taux excessif de rendement du capital investi. »

²⁹⁷ Par. 4900(13) R.I.R.

²⁹⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, *op. cit.*, note 277, par. 6 *in fine*.

²⁹⁹ Pour l'exigence relative au statut de SEPE, elle peut également être respectée si la société se qualifiait à ce titre avant la fin de l'année d'imposition se terminant avant l'année de l'acquisition, en vertu de l'alinéa 4900(12)a) R.I.R.

additionnelle d'actions par le rentier ne pourra venir influencer sur l'admissibilité du placement si celui-ci se qualifie en vertu des règles énoncées plus haut. Lors de l'entrée en vigueur du paragraphe 4900(12), le ministère des Finances exprimait son intention et la nécessité d'assouplir les règles contenues au paragraphe 4900(6), tel qu'il sera discuté ci-après, le tout dans le but unique de favoriser les investisseurs :

« Subsection 4900(6) of the Regulations allows a share in the capital stock of an “eligible corporation” to be held as an investment for a property governed by an RRSP or RRIF, unless the annuitant under the RRSP or RRIF is a “designated shareholder” under the RRSP or RRIF. This is an ongoing test that has proved to be difficult to administer in many cases. In addition, the “designated shareholder” definition generally does not facilitate the control of a corporation by groups of unrelated employees. »

Dans une interprétation technique³⁰⁰, l'ARC soulignait que « it was apparent that subsection 4900(12) was introduced to allow small business corporation shares that would not qualify under subsection 4900(6) of the Regulations to qualify under subsection 4900(12) ». En raison des différences entre les deux paragraphes, il y aura donc des situations où un placement respectera les deux paragraphes, d'autres seulement le paragraphe 4900(6) ou, plus souvent, seulement le paragraphe 4900(12). Dans ce dernier cas, il suffit donc qu'au moment où l'investissement est effectué, l'actionnaire ne soit pas un actionnaire rattaché et que la société se qualifie à ce moment de SEPE pour respecter les conditions.

Qu'est-ce qu'une SEPE?

Une SEPE³⁰¹ s'entend généralement d'une « société canadienne »³⁰² dont la « totalité, ou presque totalité »³⁰³, de la JVM des éléments d'actif est attribuable³⁰⁴ à des éléments d'actif qui sont :

³⁰⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9802405, 5 février 1998.

³⁰¹ Par. 248(1) « société exploitant une petite entreprise » L.I.R.; voir aussi notre discussion sur le sujet et la section 2.3. « Roulement des “anges investisseurs” » du présent texte.

³⁰² Paragraphe 248(1) « société canadienne » L.I.R. qui renvoie au paragraphe 89(1) L.I.R.

³⁰³ La politique administrative de l'ARC veut que cette expression signifie 90 %, voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, *op. cit.*, note 277, par. 6.

³⁰⁴ La définition de SEPE contenue à l'alinéa 4900(12)a) R.I.R. diffère légèrement de celle du paragraphe 248(1) L.I.R., car il doit s'agir d'une « société canadienne (sauf (à suivre...))

- soit utilisés principalement³⁰⁵ dans une entreprise que la société ou une société liée à celle-ci exploite activement principalement au Canada;
- soit constitués d'actions du capital-actions ou de dettes d'une ou de plusieurs sociétés exploitant une petite entreprise rattachées à la société.

Commencement d'entreprise

Dans le contexte de sociétés privées en quête de financement ou pour une SCD avant son PAPE, une question se pose souvent à savoir à quel moment la société a véritablement commencé ses activités. À cet égard, le *Bulletin d'interprétation* IT-364³⁰⁶ indique que la présence d'une opération importante qui constitue une activité régulière du processus de gain de l'entreprise et une structure organisationnelle suffisante suffira habituellement à constituer un commencement d'entreprise.

Dans le cas d'une SCD, afin de déterminer si une entreprise a commencé à être exploitée activement, il faudra vérifier, entre autres, l'objectif visé par la société lors de sa constitution. Sur le sujet, le paragraphe 3.1 de la Politique 2.4 de la Bourse de croissance TSX stipule que :

« 3.1 Les seules activités qu'une SCD peut exercer sont le repérage et l'évaluation d'éléments d'actif ou d'entreprises en vue de réaliser une opération admissible. Jusqu'à la date de réalisation de l'opération admissible, une SCD ne peut exercer aucune autre activité que celles-ci. »

Il faut donc vérifier si des efforts soutenus et sérieux sont effectués au moment de l'investissement par le régime avant de pouvoir prendre la position qu'il y a bel et bien début d'exploitation d'une entreprise. Cette détermination est nécessaire puisque, après avoir établi que l'exploitation de l'entreprise avait bel et bien débuté au moment de l'investissement, il

(...suite)

une société alors contrôlée, directement ou indirectement de quelque manière que ce soit, par au moins une personne non-résidente) » plutôt qu'une « société privée sous contrôle canadien », telle qu'elle est définie au paragraphe 125(7) L.I.R.

³⁰⁵ L'ARC interprète ce mot comme signifiant 50 %; voir notamment « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 93*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1994, pp. 39:1-35, par. 3.2, à la page 39:13.

³⁰⁶ Voir sur le sujet la politique administrative de l'ARC dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-364, *op. cit.*, note 176.

convient ensuite de s'assurer que cette entreprise était, à ce moment, exploitée activement.

En effet, on examinera si, lors de la souscription au capital de la SCD par le régime, les actifs, incluant les liquidités, sont principalement utilisés dans l'exploitation de l'entreprise. Cette qualification peut être problématique dans le cas de certaines SCD. Aux termes de la politique de la Bourse de croissance TSX, les fonds reçus par la SCD doivent être soit utilisés aux fins du programme ou faire l'objet d'investissements sécuritaires³⁰⁷. Leur utilité première est de favoriser la réalisation de l'opération admissible, le but principal d'une SCD.

Dans la plupart des cas, la levée de fonds auprès des actionnaires-fondateurs d'une SCD est immédiatement mise à contribution aux fins de démarrer les activités de la société. Dans la plupart des cas, ce montant est tel que l'on peut conclure que la totalité ou presque de la JVM des éléments d'actif est utilisée dans une entreprise. Si la levée de fonds auprès des actionnaires-fondateurs était substantiellement en excès des besoins de la SCD, à ce moment, cela pourrait induire une conclusion différente. Rappelons que le but de cette levée de fonds est de financer la mise en Bourse de la SCD et de démarrer ses activités de recherche d'une cible non déterminée ou tentativement déterminée³⁰⁸.

Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-73R6, l'ARC souligne que pour déterminer si un bien est utilisé principalement dans une entreprise exploitée activement, il faut considérer l'usage qui est réellement fait de ce bien dans le cours des activités de l'entreprise, la nature de l'entreprise dont il s'agit et les pratiques courantes dans ce secteur particulier de l'industrie (critères fondés en partie sur l'arrêt *Ensité Limited c. La Reine*³⁰⁹). Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada arrive à la conclusion que la détention ou l'utilisation du bien devait être reliée à une responsabilité ou à une obligation définie de l'entreprise et que le bien devait satisfaire à une exigence

³⁰⁷ Pol. 2.4(8.6).

³⁰⁸ Notons que dans le cas du roulement de l'article 44.1 L.I.R., le paragraphe 44.1(8) contient un allègement dans le cas de biens qui sont excédentaires pour une période d'au plus 36 mois. Le paragraphe 4900(12) R.I.R. ne contient pas une telle disposition.

³⁰⁹ 86 D.T.C. 6521 (C.S.C.). Voir notamment sur le sujet Guy FORTIN et Mélanie BEAULIEU, « The Meaning of Expressions "In the Ordinary Course of Business" and "Directly or Indirectly" », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 1-37, à la page 36:12.

nécessaire à l'exploitation de l'entreprise. Le passage suivant, tiré du *Bulletin d'interprétation* IT-73R6, est particulièrement pertinent dans cette situation :

« Si le fait de ne plus avoir le bien devait avoir un effet résolument déstabilisateur sur les activités de la société, le bien serait généralement considéré comme utilisé dans le cours des activités d'une entreprise³¹⁰. »

Les fonds qui sont investis par les « actionnaires-fondateurs » de la SCD sont essentiels à la survie et au bon fonctionnement de la SCD. Ils sont nécessaires afin de pouvoir enchaîner avec les étapes ultérieures et démontrer le sérieux de l'entreprise au public investisseur. Dans bien des cas, il est donc possible d'argumenter que les fonds sont utilisés principalement dans une entreprise exploitée activement. En l'absence de ces fonds, il ne serait pas possible de mener à terme l'opération admissible, laquelle passe inévitablement par la mise en Bourse de la SCD, le repérage et l'évaluation d'éléments d'actif ou d'entreprises, seules activités permises par le paragraphe 3.1 de la Politique 2.4.

La question de déterminer si des liquidités peuvent être considérées comme utilisées principalement dans une entreprise exploitée activement demeure néanmoins une question de fait, sur laquelle l'ARC ne prend pas de position ferme et précise. Toutefois, l'ARC a mentionné à plusieurs reprises que les éléments suivants devaient être pris en considération³¹¹ :

« 1. Whether a particular asset is used principally in an active business is a question of fact, which must be determined with reference to the circumstances of the case under review. The relevant circumstances include the actual use to which the cash is put in the course of the business, the nature of the business and the practice in the particular business.

2. Cash is considered to be used principally in the business if its withdrawal would destabilize the business.

3. Cash that is temporarily surplus to the needs of the business and is invested in short-term income producing investments will be considered to be used in the business.

³¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-73R6, *op. cit.*, note 242, par. 6.

³¹¹ Voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-73R6, *op. cit.*, note 242, par. 3 à 10 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0057105, 7 mai 2001.

4. Cash that is accumulated and is then depleted in accordance with the annual seasonal fluctuations of an ongoing business will generally be considered to be used in the business; however, a permanent balance in excess of the company's reasonable working capital needs will generally not be considered to be so used.
5. The accumulation of funds over an extended period of time in anticipation of the replacement or purchase of capital assets or the repayment of a long-term debt will not generally qualify the funds as being used in the business.
6. Cash is considered to be used principally in the business if its retention fulfils a requirement that has to be met in order to do business, such as certificates of deposit required to be maintained by a supplier.
7. Cash and near cash assets held to offset the non-current portion of long-term liabilities will generally not be considered to be used in the business.
8. The CCRA recognises that prudent financial management requires businesses to maintain current assets (including inventories and accounts receivable, as well as cash and near cash properties) in excess of current liabilities and will consider this requirement in assessing whether cash or near cash assets are used principally in a business. »

Généralement, la société cible sera activement exploitée au Canada et n'aura pas d'actifs excédentaires qui feraient en sorte qu'elle ne serait pas une SEPE.

2.4.2. Actions d'une société admissible

Bien qu'en apparence similaire aux exigences du paragraphe 4900(12) R.I.R., le paragraphe 4900(6) R.I.R. applicable aux actions d'une société admissible est d'application beaucoup plus restrictive. Il fut d'ailleurs introduit dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* bien avant le paragraphe 4900(12) et peut, à certains égards, sembler désuet.

Pour qu'un placement soit considéré comme admissible en vertu du paragraphe 4900(6) R.I.R., le rentier **ne doit pas** être un « actionnaire désigné » de la société. Contrairement aux placements se qualifiant en vertu du paragraphe 4900(12) R.I.R., ici, les conditions doivent être satisfaites non seulement au moment de l'acquisition des actions, **mais également** tout au long de la période durant laquelle la fiducie régie par un régime détient lesdites actions.

Société admissible

À un moment donné est un placement admissible pour un régime une action d'une « société admissible »³¹² sauf si le bénéficiaire du régime est un « actionnaire désigné »³¹³ de la société. Les entités suivantes constituent des sociétés admissibles :

- une « société de portefeuille déterminée »³¹⁴;
- une société à capital de risque visée à l'article 6700 R.I.R.³¹⁵;
- une « société canadienne imposable »³¹⁶ si la totalité ou presque de ses biens sont utilisés dans le cadre d'une « entreprise admissible exploitée activement » (ci-après « EAEA »)³¹⁷ par elle ou par une société qu'elle contrôle;
- des actions du capital-actions ou des dettes d'une ou de plusieurs sociétés admissibles qui lui sont « liées »³¹⁸.

Entreprise admissible exploitée activement³¹⁹

Cette définition vise les entreprises exploitées principalement au Canada par une société, à l'exclusion de celles dont l'objet principal est de tirer un revenu de biens (ce qui comprend les intérêts, dividendes, loyers et redevances) ou dont l'activité consiste à tirer des gains de la disposition de biens (autres que les biens qui figurent à l'inventaire de ces entreprises)³²⁰.

³¹² Par. 5100(1) « société admissible » R.I.R.

³¹³ Al. 4900(2)a) « actionnaire désigné » L.I.R.

³¹⁴ Par. 5100(1) « société de portefeuille déterminée » R.I.R.

³¹⁵ Comprend les fonds de capital de risque de travailleurs et les véhicules provinciaux d'investissement dans la PME.

³¹⁶ Paragraphe 248(1) « société canadienne imposable » L.I.R. qui renvoie au paragraphe 89(1) L.I.R.

³¹⁷ Par. 5100(1) « entreprise admissible exploitée activement » R.I.R.; à ne pas confondre avec la « société admissible exploitant une **petite entreprise** » du paragraphe 44.1(1) L.I.R. Voir également notre discussion sur le sujet à la section 2.3. « Roulement des “anges investisseurs” » du présent texte.

³¹⁸ Par. 251(2) « personnes liées » L.I.R.

³¹⁹ Par. 5100(1) « entreprise admissible exploitée activement » R.I.R.

³²⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, *op. cit.*, note 277, par. 8.

Sera également considérée comme une EAEA une entreprise de location de biens autres que des biens immeubles.

Actionnaire désigné

Les actions d'une société ne sont pas un placement admissible si le rentier est un actionnaire désigné de celle-ci. Cette expression vise un contribuable qui³²¹ :

- est une personne, sauf une personne exonérée, qui est propriétaire, directement ou indirectement, d'au moins 10 % des actions émises d'une catégorie du capital-actions de la société ou d'une autre société qui lui est liée;
- est un bénéficiaire d'une fiducie, laquelle fiducie contrôle la société;
- est un employé de la société ou d'une société qui lui est liée, ou est lié à un tel employé, dans le cas où un groupe d'employés de la société ou de la société liée, selon le cas, contrôle la société, sauf si le groupe d'employés comprend une personne ou un groupe lié qui contrôle la société;
- a un lien de dépendance avec la société;
- est un associé d'une société de personnes qui contrôle la société; ou qui est lié à un tel associé.

Tout comme dans le cas des placements admissibles en vertu du paragraphe 4900(12), il faudra également inclure les actions que ces personnes et le rentier ont le droit d'acquérir en exécution d'un droit contractuel, en *equity* ou autrement, immédiat ou futur, conditionnel ou non³²².

Personne exonérée

La définition de « personne exonérée »³²³ vise la personne :

³²¹ Par. 4901(2) « actionnaire désigné » R.I.R.

³²² Par. 4901(2.3) R.I.R.

³²³ S.-al. 4901(2)a)(ii) « actionnaire désigné » R.I.R.

- qui n'a aucun lien de dépendance avec la société³²⁴, et
- à l'égard de laquelle le coût indiqué des actions de la société ou de la société qui lui est liée dont elle est propriétaire est inférieur à 25 000 \$.

Cela signifie en pratique que pour les rentiers qui ont plus de 10 % des actions d'une catégorie du capital-actions d'une société, mais qui n'ont aucun lien de dépendance avec celle-ci, l'investissement qui n'excède pas 25 000 \$ sera un placement admissible. Cette règle est donc semblable à celle du paragraphe 4900(12) R.I.R. Toutefois, il est important de rappeler que ces règles doivent être respectées tout au long de la détention des actions par le régime afin qu'elles conservent leur statut de placement admissible.

Il faudra donc être prudent dans le cas d'une SCD, puisque les fondateurs pourraient détenir après les souscriptions initiales et, potentiellement lors du transfert dans un régime, plus de 10 % d'une catégorie du capital-actions de la SCD. Dans le cas de la cible, cela pourrait également être le cas. Par ailleurs, si une société devient une société publique, les actions ne seront plus des placements admissibles en vertu des paragraphes 4900(6) et (12) R.I.R., mais probablement aux termes des autres dispositions de la loi et du règlement.

Paiement de services

Le paragraphe 4900(8) prévoit des règles similaires à celles prévues au paragraphe 4900(13) et vise à empêcher qu'un montant reçu relativement à une action constitue un montant au titre ou en paiement intégral ou partiel de services rendus à l'émetteur ou à une personne liée. À cet effet, le paragraphe 8 du *Bulletin d'interprétation* IT-320R3 prévoit que parmi les facteurs à considérer dans cette détermination, il faudra examiner les modalités inhérentes à l'action, toute convention s'y rapportant, tout comme l'intérêt et le dividende provenant de cette action.

Sociétés exclues

N'est pas une société admissible une société (sauf une société de placement à capital variable) qui est, selon le cas :

- i) un négociant ou courtier en valeurs mobilières³²⁵;

³²⁴ Par. 250(1) L.I.R.

³²⁵ Par. 39(5) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-479R, *op. cit.*, note 180, par. 5 et notre discussion sur le sujet à la section 2.2. « Disposition des titres de la société résultante » du présent texte.

- ii) une banque³²⁶;
- iii) une société autorisée par licence ou autrement, en vertu de la législation fédérale ou provinciale, à exploiter au Canada une entreprise d'offre au public de services de fiduciaire;
- iv) une caisse de crédit³²⁷;
- v) une compagnie d'assurances³²⁸;
- vi) une société dont l'activité d'entreprise principale consiste à prêter de l'argent ou à acheter des créances, ou à faire les deux :
 - a) une société contrôlée par une ou plusieurs personnes non résidentes;
 - b) une société à capital de risque non visée à l'article 6700 R.I.R.³²⁹;
 - c) à tout moment donné dans la période de 12 mois commençant le jour qui suit de six mois le jour où prend fin l'année d'imposition pour laquelle une société a fait le choix prévu au sous-alinéa (iv) de l'élément B de la formule figurant à l'alinéa 204.82(2.2)c.1) L.I.R., la société³³⁰.

Comparaison entre les paragraphes 4900(6) et 4900(12) R.I.R.

À titre de résumé, voici les principales distinctions entre un placement admissible en vertu du paragraphe 4900(12) et selon le paragraphe 4900(6).

³²⁶ Par. 248(1) « banque » L.I.R.

³²⁷ Paragraphe 248(1) « cours de crédit » L.I.R. qui renvoie au paragraphe 137(6) L.I.R.

³²⁸ Par. 248(1) « compagnie d'assurance » L.I.R.

³²⁹ Comprend, entre autres, les fonds de capital de risque de travailleurs et autres véhicules spéciaux des provinces visant le financement des PME.

³³⁰ Vise à exclusion de la définition les sociétés de capital de risque de travailleurs ayant fait le choix de l'alinéa 204.82(2.2)c.1) L.I.R., ce choix permettant de réduire le montant qu'une telle société doit investir dans les PME.

Critères	Par. 4900(12) R.I.R.	Par. 4900(6) R.I.R.
Moment où le test doit être respecté	Lors de l'acquisition par la fiducie et seulement à ce moment.	Lors de l'acquisition par la fiducie et en tout temps par la suite.
Test de l'« entreprise exploitée »	En fonction de l'utilisation des actifs.	En fonction de l'utilisation des actifs, du nombre d'employés au Canada ou de la masse salariale relativement aux services rendus au Canada.
Statut de la société canadienne	N'a pas à être imposable.	Doit être imposable.
La presque totalité des biens sont ...	Soit des actions du capital-actions d'une ou de plusieurs SEPE.	Soit des actions du capital-actions d'une ou de plusieurs sociétés admissibles qui lui sont liées.
Du point de vue de l'actionnaire	L'actionnaire qui est associé d'une société de personnes qui contrôle la société ou qui est bénéficiaire d'une fiducie qui contrôle une société sera considéré comme un actionnaire rattaché.	Ces qualificatifs ne sont pas applicables à la définition d'actionnaires désignés.

2.4.3. Actions inscrites à la cote d'une Bourse de valeurs canadienne ou étrangère

Bourses de valeurs canadiennes

Sont considérés comme des placements admissibles les **titres** émis par une société dont les actions sont inscrites à la cote d'une Bourse de valeurs au Canada visée par règlement³³¹. Dans le cas des sociétés dont les actions sont inscrites à la cote d'une Bourse étrangère, c'est l'alinéa 204(1)h) L.I.R. qui prévoit leur admissibilité comme placement. Outre les actions dans de telles sociétés, les obligations, billets ou autres titres semblables, ainsi que les titres de créance, sont également considérés comme des placements admissibles³³².

³³¹ Al. 146(1)a), 146.1(1)a) et 146.3(1)a) « placement admissible » L.I.R. et al. 204d) « placement admissible » L.I.R. Outre la Bourse de Montréal et la Bourse de Toronto, l'article 3200 R.I.R. prévoit que les groupes 1 et 2 de la Bourse de croissance TSX se qualifient également au titre de Bourses de valeurs au Canada. Cela devrait également comprendre NEX en vertu du paragraphe 248(29) L.I.R.

³³² Art. 204 « placement admissible », al. c) L.I.R.

2.4.4. Actions d'une société publique

Les actions du capital-actions d'une société publique³³³, au sens de nos lois sur l'impôt sur le revenu, sont des placements admissibles³³⁴. Rappelons que sont des sociétés publiques celles dont les titres sont inscrits à la cote d'une Bourse de valeurs au Canada³³⁵, les sociétés qui ont fait le choix d'être publiques et celles qui le sont à la suite d'une désignation du Ministre. De plus, une société qui a déjà été publique peut, à certaines conditions, le demeurer³³⁶.

2.4.5. Titres de créance

Certains titres de créance de sociétés, autres que des sociétés financières, émis par des sociétés sont des placements admissibles³³⁷. Il s'agit :

- a) d'obligations, de billets ou de titres semblables émis par une « société publique »; on aura remarqué que la seule condition est le statut de société publique³³⁸, il n'est pas nécessaire que les titres soient inscrits à la cote d'une Bourse³³⁹;
- b) d'obligations, de billets ou de titres semblables émis par une fiducie de fonds communs de placement dont les unités sont inscrites à la cote d'une Bourse de valeurs au Canada³⁴⁰;
- c) des obligations, des billets et autres titres semblables garantis (soumis à certaines conditions) d'une société canadienne³⁴¹ dont le principal est

³³³ Paragraphe 248(1) L.I.R. qui renvoie au paragraphe 89(1) « société publique » L.I.R.; voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-391R, *op. cit.*, note 145.

³³⁴ Al. 4900(1)b) R.I.R.

³³⁵ Art. 3200 R.I.R.

³³⁶ Voir sur le sujet l'analyse à la section 2.1. « Statut fiscal de l'entité inscrite et de la cible » du présent texte.

³³⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, *op. cit.*, note 277, par. 10; nous avons fait abstraction des sociétés et institutions financières.

³³⁸ Paragraphe 248(1) L.I.R. qui renvoie au paragraphe 89(1) « société publique » L.I.R.; voir aussi l'analyse ci-dessus.

³³⁹ Al. 4900(1)b) R.I.R.

³⁴⁰ Al. 4900(1)d.1) et art. 3200 R.I.R.

³⁴¹ Paragraphe 248 L.I.R. qui renvoie au paragraphe 89(1) « société canadienne » L.I.R.

d'au moins 10 M\$ et qui est garanti par une société ou une fiducie de fonds communs de placement dont les actions ou les titres sont cotés à une Bourse de valeurs canadienne³⁴²;

- d) qu'il est proposé qu'un titre de créance émis par une société canadienne³⁴³ ou par une fiducie³⁴⁴ résidant au Canada qui, entre autres, a pour principal objet de tirer un revenu de dettes, 80 % des dettes sont dues par des résidents canadiens, au moment de son acquisition, soit considéré comme un placement admissible. Le titre doit être classé dans une catégorie d'évaluation supérieure et avoir été émis dans le cadre d'une émission unique d'au moins 25 M\$³⁴⁵. Il s'agit de titres adossés à des créances émis dans le cadre d'une titrisation³⁴⁶. Souvent de tels titres ne sont pas inscrits à la cote d'une Bourse. Leur émission ne fait pas l'objet d'un prospectus qu'aux fins d'être librement négociables.

2.4.6. Reçu de versement

L'ARC considère qu'un reçu de versement qui atteste d'un paiement partiel sur un bien et qui procure au propriétaire un droit de bénéficiaire sur ce bien est un placement admissible, s'il atteste un paiement sur un titre qui constituera un placement admissible pour le régime³⁴⁷. Le droit de propriété

³⁴² Al. 4900(1)j) et art. 3200 R.I.R.

³⁴³ L'alinéa 4900(1)i.3) R.I.R. sera ajouté par le paragraphe 3(2) de l'annexe A des *Propositions législatives et avant-projets de règlement concernant l'impôt sur le revenu* du 27 février 2004 et, si cela est sanctionné, s'appliquera après le 27 février 2004.

³⁴⁴ Paragraphe 248(1) « fiducie » L.I.R. qui renvoie au paragraphe 104(1) L.I.R.

³⁴⁵ *Supra*, note 343.

³⁴⁶ Voir sur le sujet Sterling H. DIETZE, « La titrisation et la province de Québec », dans *Colloque - Financement nord-américain dans la turbulence*, 115, tome II, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 18:1-37.

³⁴⁷ Aussi, moyennant une pénalité, l'émetteur doit inscrire les titres sous-jacents à la cote d'une Bourse de valeurs avant une certaine date; al. 4900(1)e) R.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, *op. cit.*, note 277, par. 13. De plus, cet alinéa sera modifié lors de l'entrée en vigueur des *Propositions législatives et avant-projets de règlement concernant l'impôt sur le revenu* du 27 février 2004 et se lira comme suit :

« e) d'un droit de souscription ou d'achat émis par une personne ou une société de personnes (appelées "émetteur" au présent alinéa) qui confère au détenteur le droit d'acquérir un bien qui constitue un placement admissible pour la fiducie de régime si, à la fois :

(à suivre...)

doit être corroboré au moment du versement initial. Cette structure d'investissement fut particulièrement utilisée lors des premières émissions de fiducies d'investissements. Il faut comprendre ici qu'il s'agit d'un placement qui est une acquisition avec un versement initial de l'acquisition d'un droit de souscription ou d'achat d'actions (voir notre discussion ci-après sur le sujet). Par ailleurs, un certain doute plane sur l'admissibilité des bons de souscriptions spéciaux (*Special Warrants*). Il s'agit d'un instrument permettant aux porteurs d'acquérir des actions à un prix déterminé pour une période limitée.

(...suite)

- (i) le bien est une action du capital-actions ou une unité de l'émetteur ou d'une autre personne ou société de personnes qui, au moment de l'émission du droit, a un lien de dépendance avec l'émetteur,
- (ii) l'émetteur n'a aucun lien de dépendance avec quiconque est rentier, bénéficiaire, employeur ou souscripteur en vertu du régime d'encadrement de la fiducie de régime; [...] »

Les Notes explicatives afférentes à cette modification proposée précisaient ceci : « La première modification consiste à ajouter une exigence portant sur le lien de dépendance. En effet, un droit de souscription ou un droit d'acquérir un bien sera considéré comme un placement admissible si son émetteur n'a, à aucun moment, de lien de dépendance avec quiconque est rentier, bénéficiaire, employeur ou souscripteur en vertu du régime enregistré. Deuxièmement, le bien sous-jacent doit être une action ou une unité de l'émetteur ou encore une action ou une unité d'une autre personne ou société de personnes qui, au moment de l'émission, a un lien de dépendance avec l'émetteur. » (Notre soulignement)

Ces mêmes propositions législatives prévoient également l'introduction d'un nouvel alinéa 4900(1)e.1), lequel se lirait comme suit :

« e.01) d'une option inscrite à la cote d'une bourse de valeurs visée aux articles 3200 ou 3201 qui confère au détenteur le droit soit d'acheter ou de vendre un bien qui est un placement admissible pour la fiducie de régime, soit de recevoir, en remplacement de la livraison de ce bien, un paiement en espèces en règlement de l'option. »

Les Notes explicatives indiquent que : « Selon le nouvel alinéa 4900(1)e.01) du Règlement, l'option inscrite à la cote d'une bourse de valeurs visée aux articles 3200 ou 3201 du Règlement est un placement admissible si le bien sous-jacent l'est également. Elle constitue un tel placement indépendamment du fait que son règlement se fasse par la livraison du bien sous-jacent ou par un paiement en espèces. Ainsi, les REER, FERR, REEE et RPDB pourront acquérir non seulement des options d'achat (qui constituent déjà des placements admissibles selon l'alinéa 4900(1)e), mais aussi des options de vente et des options sur indice boursier donnant lieu à un règlement en espèces, inscrites en bourse. Cette modification s'applique après la date de publication. » (Notre soulignement)

2.4.7. Espèces et dépôt en espèces

Les dépôts, sauf ceux auprès d'institutions financières prescrites, sont un placement admissible. Un prêt à une entité autre n'est toutefois pas un placement admissible³⁴⁸.

2.4.8. Bons de souscription, droits d'achat et options

Est un placement admissible le droit de souscription ou d'achat émis par une personne ou une société de personnes qui confère le droit d'acquérir un bien qui est un placement admissible³⁴⁹. Il est proposé d'ajouter deux conditions nécessaires pour que le titre soit un placement admissible³⁵⁰. D'abord, un droit de souscription ou un droit d'acquérir un bien sera considéré comme un placement admissible si son émetteur n'a, à aucun moment, de lien de dépendance avec quiconque est rentier, bénéficiaire, employeur ou souscripteur en vertu du régime enregistré. Deuxièmement, le bien sous-jacent doit être une action ou une unité de l'émetteur ou encore une action ou une unité d'une autre personne ou société de personnes qui, au moment de l'émission, a un lien de dépendance avec l'émetteur³⁵¹.

L'ARC nous précise que la vente d'une option de vente ou d'achat à découvert par un régime à l'égard de biens sous-jacents qui lui appartiennent ou pas peut faire en sorte que le régime soit considéré comme exploiter une entreprise³⁵².

³⁴⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, *op. cit.*, note 277, par. 14 à 16.

³⁴⁹ Al. 4900(1)e) R.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, *op. cit.*, note 277, par. 21 et 22.

³⁵⁰ Paragraphe 3(1) de l'annexe A des *Propositions législatives et avant-projets de règlement concernant l'impôt sur le revenu* du 27 février 2004 et, si cela est sanctionné, applicable aux biens acquis après le 27 février 2001.

³⁵¹ Si la fiducie acquiert un droit d'achat, cela constitue une option d'achat qui, si elle est exercée, entraînera l'acquisition d'un placement admissible. Toutefois, l'achat d'une option de vente ne serait pas un placement admissible. Voir sur le sujet la position administrative de l'ARC dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, *op. cit.*, note 277, par. 22.

³⁵² *Id.*, par. 23. Un REÉR qui exploite une entreprise est révocable alors qu'un REÉR ou un FERR sera assujéti à l'impôt sur le revenu sur son revenu imposable pour toutes les années où il a exploité une entreprise.

2.4.9. Certificats représentatifs

Un certificat représentatif est un placement admissible³⁵³ constaté par un certificat représentatif d'actions étrangères inscrit à la cote d'une Bourse de valeurs au Canada ou hors du Canada visée par règlement³⁵⁴.

2.4.10. Titres garantis par hypothèque

L'alinéa 4900(1)j) R.I.R. prévoit qu'une hypothèque sur un bien immeuble situé au Canada peut être un placement admissible. Ainsi, dans le cadre d'un financement, un actionnaire majoritaire pourrait penser emprunter d'un régime, tout en garantissant l'emprunt grâce à une hypothèque grevant un de ses immeubles³⁵⁵. Toutefois, dans un tel cas, puisque le débiteur hypothécaire est le rentier lui-même, l'hypothèque devra être gérée par un prêteur agréé en vertu de la *Loi nationale sur l'habitation*³⁵⁶ et être assurée soit en vertu de cette loi ou soit par une société qui offre au public des services en tant qu'assureur d'hypothèques.

De plus, afin d'éviter qu'un avantage imposable puisse apparaître, il faudra s'assurer que le taux d'intérêt hypothécaire et les autres modalités reflètent la pratique commerciale courante³⁵⁷.

Finalement, dans le cas où un immeuble serait acquis par la fiducie régie par un régime en raison du non-paiement du prêt hypothécaire, le bien devra être vendu dans un délai raisonnable et à des conditions raisonnables afin que le placement demeure admissible³⁵⁸.

³⁵³ Al. 4900(1)p.1) R.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, *op. cit.*, note 277, par. 27.

³⁵⁴ Art. 3200 et 3201 R.I.R.

³⁵⁵ Voir sur le sujet Derrold V. NORGAARD, « Dealing with Underwater Stock Options and Other Recent Developments in Stock Option Compensation », dans *2001 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2001, pp. 19:1-16.

³⁵⁶ L.R.C. (1985), c. N-11.

³⁵⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, *op. cit.*, note 277, par. 11 et interprétation technique 2002-0178035, 27 mars 2003.

³⁵⁸ À cet effet, l'ARC indique au paragraphe 12 du *Bulletin d'interprétation* IT-320R3 qu'un délai raisonnable s'entend d'une période inférieure à un an suivant l'acquisition par le régime.

2.4.11. Unités de fiducies

Avec la popularité des fiducies d'investissements, on retrouve maintenant à la fois de telles fiducies avec des actifs colossaux et des fiducies d'investissements que l'on pourrait qualifier de PME. Les titres d'équité (unités) d'une fiducie de fonds communs³⁵⁹ et les obligations, billets et autres titres semblables émis par une fiducie de fonds communs dont les unités sont inscrites à la cote d'une Bourse de valeurs au Canada sont des titres admissibles³⁶⁰.

2.4.12. Titres entiercés

Généralement, les titres entiercés demeurent la propriété de leur détenteur. Aux termes d'un entiercement, certains droits, principalement d'aliénation, sont suspendus. Tel qu'il est indiqué au paragraphe 5 du *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, l'ARC considère de tels titres comme des placements admissibles si les conditions suivantes sont réunies :

- l'action a été émise et non simplement attribuée à une fiducie régie par un régime;
- l'actionnaire détient tous les droits de propriété dont tout autre actionnaire bénéficie quant à l'émetteur;
- des actions, identiques à celles assujetties à une mise en main tierce, mais qui ne font pas elles-mêmes l'objet d'une telle convention, sont des placements admissibles³⁶¹.

³⁵⁹ Al. 4900(1)d) et d.2) R.I.R.

³⁶⁰ Al. 4900(1)d.1) R.I.R.; voir sur le sujet Claude DÉSY, « Les fiducies d'investissement - Réalité financière avant tout », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 18:1-48.

³⁶¹ Dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9207105, 7 avril 1992, on précise que :

« As a general guideline, however, where escrowed shares of the company are actually issued and not simply allotted to a person and the shareholder has all the rights of ownership that every other shareholder has, it is our opinion that the escrowed shares would be identical to "free" shares of the same class. Therefore, if the "free" shares of a publicly traded company were qualified investments for RRSP purposes then the escrowed shares considered to be identical shares would also be qualified shares for RRSP purposes. »

Par ailleurs, l'ARC considère que les biens entiercés et ceux qui ne le sont pas font partie d'une même catégorie aux fins du calcul de leur PBR³⁶².

2.4.13. Souscription ou transfert d'actifs

Montant déductible

L'alinéa 60i) et le paragraphe 146(5) L.I.R. indiquent que le contribuable peut déduire dans le calcul de son revenu la prime qu'il a versée à son régime. En présence d'une prime versée en nature (tel un transfert de bien), le *Bulletin d'interprétation* IT-124R6³⁶³ précise qu'un tel transfert entraîne une disposition du bien par le contribuable au moment du transfert³⁶⁴. Ce produit de disposition et le montant de la prime sont chacun égaux à la JVM du bien à ce moment. Ainsi, si le régime souscrit directement aux actions, il n'y aura pas de distinction entre le montant de la prime et le coût d'acquisition des actions.

Dans l'éventualité où le contribuable souscrit initialement aux actions pour ensuite les transférer à son régime, il pourrait théoriquement y avoir une différence entre le coût d'acquisition et le montant de la prime. S'il en résulte un gain en capital, celui-ci est imposable. Par ailleurs, toute perte en capital provenant de cette disposition est réputée égale à zéro³⁶⁵.

2.4.14. Options d'achat d'actions

Outre les actions dans certaines sociétés, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que sera également considéré un placement admissible un droit de souscription ou d'achat conférant à son propriétaire le droit d'acquérir un bien constituant un placement admissible pour la fiducie³⁶⁶. Tel qu'il a été

³⁶² Art. 47 L.I.R.; par ailleurs, dans l'arrêt *Taylor c. MRN*, 88 D.T.C. 1571 (C.C.I.) (ci-après « *Taylor* »), la Cour conclut que les actions entiercées (celles de la société devenue récemment publique) et celles dont on peut librement disposer n'étaient pas des biens identiques.

³⁶³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-124R6, *op. cit.*, note 277, par. 24.

³⁶⁴ « Placement admissible » aux fins de l'alinéa 146(1)e) ainsi que des paragraphes 146(1) et 146.3(1) L.I.R.

³⁶⁵ S.-al. 40(2)g)(iv) L.I.R.

³⁶⁶ Al. 4900(1)e) R.I.R.

discuté, seules les options d'achat pouvant entraîner l'acquisition d'un placement admissible se qualifient, par opposition aux options de vente³⁶⁷.

Dans le cas où un employé détient des options d'achat d'actions et que ces actions ont une plus-value importante, il est généralement recommandé d'exercer l'option et d'ensuite transférer les actions au régime. D'une part, la déduction pour le transfert au régime viendra neutraliser l'inclusion de l'avantage imposable prévu à l'article 7 L.I.R. D'autre part, on évitera qu'une double imposition vienne pénaliser l'employé. Cette double imposition pourrait découler de l'application combinée du paragraphe 146(8) L.I.R. et des alinéas 56(1)h) et 7(1)c) L.I.R.³⁶⁸

2.4.15. Perte de statut et radiation

Tel qu'il est indiqué au paragraphe 5 du *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, les actions du capital-actions d'une société qui étaient inscrites à une Bourse de valeurs prescrite mais qui ont cessé d'être négociées ou qui ont été radiées continuent d'être des placements admissibles si la société qui a émis l'action était et demeure une société publique et que les actions ne cessent pas par ailleurs d'être des placements admissibles.

Perte du statut de société publique

Dans l'éventualité où la société perd son statut de société publique au sens de l'impôt sur le revenu, il faudra vérifier si le placement peut être considéré comme admissible en vertu d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou du *Règlement de l'impôt sur le revenu*. Par exemple, si le placement se qualifiait initialement en vertu du paragraphe 4900(12) R.I.R., ces actions demeureront un placement admissible même si des actions identiques ne peuvent désormais être acquises par le régime à titre de placement admissible³⁶⁹.

³⁶⁷ Tel qu'il est indiqué au paragraphe 22 du *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, l'option de vente sous-entend que la fiducie acquiert un droit de disposer d'un bien, ce qui n'est pas visé par l'alinéa 4900(1)e) R.I.R.

³⁶⁸ Lors de la distribution de fonds par le régime, l'employé sera imposé sur la JVM du montant distribué, alors qu'il aura déjà inclus antérieurement, en vertu de l'alinéa 7(1)c), un montant égal à l'excédent de la JVM des actions au moment où le régime a acquis les actions sur le montant payé par le régime pour exercer l'option.

³⁶⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0033581E5, 14 janvier 2004.

Rappelons que la définition de « société publique », contenue au paragraphe 89(1) L.I.R., prévoit que lorsqu'une société devient publique, elle conservera ce statut tant et aussi longtemps qu'elle ne fera pas le choix de ne plus être considérée comme une société publique et qu'elle résidera au Canada³⁷⁰.

2.4.16. Conséquences de la détention par un régime d'un placement non admissible

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit trois conséquences principales lorsqu'un régime détient un placement qui n'est pas un placement admissible. Toutefois, rappelons la mention suivante :

« [...] if a share was a qualified investment pursuant to subsection 4900(12) of the Regulations at the time of its acquisition, it should be noted that the particular share would continue to be a qualified investment even if identical shares can no longer be acquired by the registered plan as qualified investments³⁷¹. »

2.4.17. Garantie donnée par le régime

Ce paragraphe ne trouve pas application lorsqu'un bien qui était un placement admissible au moment de l'acquisition devient par la suite un bien qui n'est plus un placement admissible³⁷², mais vise plutôt les situations où un régime fait l'acquisition d'un placement admissible ou lorsqu'un bien détenu par la fiducie est donné en garantie. L'application de ce paragraphe entraîne automatiquement l'inclusion dans le revenu du rentier de la JVM du bien au moment de son acquisition.

³⁷⁰ Dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0105501E5, 15 décembre 2004, on précisait que :

« any corporation that was a public corporation after June 18, 1971, because it was resident in Canada and its shares were listed on a prescribed exchange in Canada, will continue to be a public corporation even if its shares cease to be so listed, as long as the corporation continues to be resident in Canada, the corporation has not elected not to be a public corporation (in accordance with subparagraph (c)(i) of the definition of public corporation) and the Canada Revenue Agency has not notified the corporation that it has been designated not to be a public corporation. »

³⁷¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 369.

³⁷² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, *op. cit.*, note 277, par. 28.

Une déduction compensatoire est toutefois prévue au paragraphe 146(6) L.I.R. lors de la disposition du placement par le régime.

2.4.18. Pénalités – Paragraphe 146(10.1) ou impôt de la Partie I L.I.R.

En vertu du paragraphe 146(10.1) L.I.R., un impôt sera payable par un régime qui, à un moment quelconque au cours d'une année d'imposition, détient un bien qui n'est pas un placement admissible. Tel qu'il est indiqué au paragraphe 30 du *Bulletin d'interprétation* IT-320R3, l'impôt sera payable sur un revenu imposable théorique calculé seulement sur le revenu ou la perte découlant de tels biens et de la totalité du gain ou de la perte en capital découlant de la disposition de tels biens.

Ce paragraphe assujettit donc à l'impôt le **revenu** provenant de placements non admissibles, alors que l'impôt prévu par la Partie XI.1 L.I.R. vise la **détention** de placements non admissibles.

Pénalités - Impôt de la Partie XI.1 L.I.R. (par. 207.1(1))

En vertu de cette partie, une fiducie régie par un régime doit payer chaque mois de l'impôt relativement aux biens qu'elle détient qui ne sont pas des placements admissibles et que la fiducie détient à la fin de chaque mois. Cet impôt « mensuel » est égal à 1 % de la JVM des biens au moment de leur acquisition (sauf dans les cas où, comme au paragraphe 146(10), la JVM du bien a été incluse dans le revenu du rentier).

La Partie XI.1 L.I.R. s'applique également lorsque plus de 50 % des actifs d'un REÉR sont investis dans des petites entreprises et dans des actions canadiennes non cotées à une Bourse de valeurs, bien que ces placements soient des placements admissibles. Cet impôt s'applique à raison de 1 % par mois de la fraction de la JVM, au moment de l'acquisition, des biens visés aux alinéas 4900(6)a), b) ou c) R.I.R. à la fin du mois qui est en sus de 50 % de la JVM, au moment de l'acquisition, de tous les biens détenus à la fin du mois.

3. OPTIONS

Des droits d'achat de titres (options) sont, à différents moments, émis à des personnes par une société ou autres entités avant, pendant et après une opération de mise en Bourse. La fiscalité des options dépendra du type d'émetteur, de la personne à qui elle est octroyée et dans quelles circonstances. Elles sont généralement émises :

- dans le cadre d'un programme incitatif destiné aux employés et cadres;
- à titre de rémunération pour services rendus;
- dans le cadre d'une levée de fonds.

Que ce soit les employés d'un émetteur qui procède à un PAPE ou de la société cible d'une opération admissible avec une SCD, leurs administrateurs, les fondateurs d'une SCD, leurs consultants, les courtiers en valeurs mobilières qui participent à l'opération de financement et d'inscription à la cote d'une Bourse, tous désirent une rémunération tangible pour leur contribution. Cet incitatif prend souvent la forme d'un intéressement par l'octroi d'achat de titres³⁷³.

Le traitement fiscal des options d'achat de titres d'une société ou d'une fiducie de fonds communs de placement, octroyées à différents intervenants, dépendra de plusieurs facteurs. Par exemple, dans le cas d'une société, est-elle résidente ou non résidente, est-elle privée, publique ou une SPCC? Le bénéficiaire est-il un employé, un consultant ou un investisseur et a-t-il un lien de dépendance avec la société émettrice?

³⁷³ Sur le sujet, voir Amin MAWANI, « Tax Deductibility of Employee Stock Options », (2003), vol. 51, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 1230-1258; M.F.T. ADDISON et G.J. KORN, *op. cit.*, note 277; Stanley R. EBEL et Curtis R. STEWART, « Update on Employee Stock Options and Employee Benefits », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 27:1-47; Wayne L. TUNNEY, « Stock Options: The Solution or the Problem », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 28:1-45; Ylang HA, « Rémunération sous forme d'équité et de participation », dans *Colloque - Rémunération des cadres et nouvelles technologies de l'information*, 124, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 8:1-44; Suzanne-Hélène DESAULNIERS, « Règles de report : options d'achat d'actions accordées par des sociétés publiques », (2003) vol. 24, n° 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 583-662; Luc LACOMBE, « Intéressement des employés dans l'actionnariat », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 21:1-70, aux pages 21:26-29; voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletins d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177; IT-96R6, « Octroi d'options par une société en vue de l'acquisition d'actions, d'obligations ou de débentures et par une fiducie en vue de l'acquisition d'unités », 23 octobre 1996; IT-116R3, « Droits d'achat d'actions supplémentaires », 28 février 1995; IT-119R4, « Dettes des actionnaires et de certaines personnes rattachées à un actionnaire », 7 août 1998; IT-384R, 14 janvier 1987 et IT-384RSR, « Nouvelle cotisation lorsque l'option est exercée dans une année ultérieure », 1^{er} janvier 1995 ainsi que IT-432R2, « Avantages conférés à des actionnaires », 10 février 1995.

Les options octroyées par un émetteur sont soit émises :

- dans le cadre d'un programme incitatif d'achat d'actions pour les employés qui :
 - n'ont pas de lien de dépendance avec l'émetteur;
 - qui ont un lien de dépendance avec l'émetteur;
- à une personne à titre d'actionnaire;
- en contrepartie de services rendus;
- dans le cadre d'un financement, soit comme seul titre émis ou avec un autre titre appelé collectivement une unité.

Notons que généralement la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec ne s'appliquera pas à l'octroi d'options par une société fermée³⁷⁴. Par ailleurs, une société, qu'elle soit fermée ou ouverte, ne peut faire un appel public à l'épargne sans prospectus, à moins d'une dispense. Si l'octroi de telles options constitue un appel public à l'épargne par une société fermée, elle devra, préalablement à leur octroi, modifier ses statuts afin de devenir une société ouverte. Elle offrira alors celles-ci par voie de prospectus ou en vertu d'une dispense de prospectus. Si elle est un émetteur inscrit, l'octroi d'options fait à la fois l'objet de l'encadrement de la législation sur les valeurs mobilières et des politiques de la Bourse où ces titres sont inscrits³⁷⁵.

Lorsque le prix d'achat d'un titre sous-jacent à une option est inférieur à sa JVM, cela peut entraîner un avantage imposable que devra inclure le bénéficiaire dans le calcul de son revenu. Rappelons que tout avantage que confère un employeur à un employé doit être inclus dans son revenu de

³⁷⁴ Art. 5 « société fermée » et 3(2^e al.) L.V.M.Q.

³⁷⁵ Art. 11, par. 52 5) et art. 263 L.V.M.Q.; pour les actions émises dans le cadre d'un programme d'achat d'actions incitatives pour les employés, voir « Les options par voie de prospectus ou de dispense de prospectus », *L'Instruction générale québécoise*, Q-3. S'il est un émetteur inscrit de la Bourse de croissance TSX, l'octroi d'options fait à la fois l'objet de l'encadrement de la législation sur les valeurs mobilières et des politiques de cette Bourse, plus particulièrement la Politique 4.4 « Options d'achat d'actions incitatives »; s'il s'agit de placements à l'endroit des actionnaires de l'émetteur de ses propres titres, la Politique 4.5 « Placements de droit » encadre de telles opérations. D'autres politiques peuvent s'appliquer au placement privé, au règlement de dette ainsi qu'aux SCD.

charge ou d'emploi³⁷⁶. Les dispositions de l'article 7 L.I.R. sont une codification des règles d'imposition des options d'achat de titres octroyés à un employé³⁷⁷. Sans l'application de ces dispositions, un employeur qui offre à son employé d'acquérir des titres à une valeur moindre que leur JVM lui confère un avantage généralement imposable dans l'année où l'employé acquiert les titres sous-jacents ou vend son option, et ce, aux termes des dispositions générales sur le revenu d'emploi. Les alinéas 110(1)d) et d.1) L.I.R. accordent à un employé, dans certains cas, des déductions dans le calcul de son revenu imposable. Celles-ci ont pour objectif de faire porter aux avantages découlant d'options le même fardeau fiscal que celui qui s'applique à un gain en capital (imposable à 50 %). Par ailleurs, celles-ci ne donnent pas ouverture à l'exonération pour gain en capital de 500 000 \$, car l'avantage constitue un revenu d'emploi et non un gain en capital.

Le statut fiscal de l'émetteur d'options influe sur l'admissibilité à l'application de l'article 7 L.I.R. et le traitement qu'accorde le fisc aux bénéficiaires. D'abord, l'émetteur doit être une « personne admissible », soit une société ou une fiducie de fonds communs de placement (ci-après « FFCP »)³⁷⁸. Aussi, il doit s'agir de titres de la personne admissible, soit dans le cas d'une société, des actions de son capital-actions et pour une fiducie de fonds communs de placement, des parts de celles-ci³⁷⁹. Le titre peut aussi avoir été émis à l'employé par une personne admissible avec laquelle l'employeur a un lien de dépendance³⁸⁰. Dans le cas d'une fiducie de fonds communs de placement, elle est réputée avoir un lien de dépendance avec une société si elle la contrôle³⁸¹. Si l'émetteur est une SPCC ou une SPCC avec laquelle il a un lien de dépendance, l'inclusion de l'avantage

³⁷⁶ Par. 5(1) et al. 6(1)a) L.I.R.

³⁷⁷ Al. 7(3)a) et par. 7(5) L.I.R.; par. 7(4) L.I.R. : ainsi qu'à une personne qui était un employé lors de l'octroi des options.

³⁷⁸ Par. 7(1) et 7(7) L.I.R.; « personne admissible » signifie une « société » ou une « fiducie de fonds communs de placement »; au paragraphe 248(1) L.I.R., « société », sauf dans l'expression « société de personnes », s'entend d'une personne morale, y compris une compagnie et dans le cas d'une « fiducie de fonds communs de placement », le paragraphe 248(1) L.I.R. renvoie au paragraphe 132(6) L.I.R. sur les fiducies de fonds communs de placement; voir aussi C. DÉS, *op. cit.*, note 360; par. 7(6) L.I.R. : les mêmes règles s'appliquent si les titres sont vendus ou émis à un fiduciaire qui les détient en fiducie en vue de les vendre aux employés.

³⁷⁹ Par. 7(7) « titre » L.I.R.

³⁸⁰ Par. 7(1) L.I.R.

³⁸¹ Par. 7(1) et 7(1.11) L.I.R. et art. 251 L.I.R.

dans le calcul du revenu de l'employé provenant de l'exercice des options par un employé, qui n'a pas de lien de dépendance avec la SPCC, s'effectue au moment de la vente des titres sous-jacents³⁸². Par ailleurs, sous réserve de l'application des règles de report prévues au paragraphe 7(8) L.I.R., dans les autres cas, l'employé est assujéti à l'imposition lors de l'exercice de l'option qu'il ait ou non vendu les titres sous-jacents³⁸³.

Dans le cas d'une inscription en Bourse, le statut de l'émetteur au moment de l'octroi des options est déterminant dans le traitement fiscal des avantages découlant d'un régime d'option d'achat des titres. Nous croyons opportun ici d'insister sur le paragraphe 14 du *Bulletin d'interprétation* IT-113R4 où l'ARC indique :

« Si une société est une SPCC au moment de la conclusion de la convention relative à la vente ou à l'émission d'actions dont il est question au numéro 13 ci-dessus, le paragraphe 7(1.1) s'applique même si la société a cessé d'être une SPCC immédiatement avant l'émission des actions conformément à la convention. Le paragraphe 7(1.1) s'applique également lorsque la SPCC qui est l'employeur a convenu d'émettre des actions d'une SPCC avec laquelle elle a un lien de dépendance mais que cette SPCC cesse d'être une SPCC immédiatement avant l'émission des actions en faveur de l'employé. » (Notre soulignement)

Cela est particulièrement important aux fins de la planification de l'émission d'options d'achat d'actions à des employés dans le cadre d'une première inscription d'une société à la cote d'une Bourse. L'octroi d'options avant le changement de statut d'une SPCC permet aux employés de bénéficier du traitement spécial accordé à l'exercice des options émises par une telle société même si elle n'a plus ce statut³⁸⁴.

Nous discuterons ci-après de l'octroi d'options d'achat d'actions autres que celles émises dans le cadre d'un financement³⁸⁵. Nous examinerons d'abord les options octroyées aux employés pour ensuite examiner les règles fiscales relatives à celles qui sont accordées aux intervenants qui ne sont pas des employés ou qui sont des courtiers en valeurs mobilières.

³⁸² Par. 7(1.1) L.I.R.

³⁸³ Par. 7(1) L.I.R.

³⁸⁴ Plus précisément, les dispositions du paragraphe 7(1.1) L.I.R. et de l'alinéa 110(1)d.1) L.I.R.

³⁸⁵ Sur le sujet, voir l'article 49 L.I.R. et l'alinéa 15(1)c) L.I.R.; Politique 4.5 « Placement de droits » de la Bourse de croissance TSX; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletins d'interprétation* IT-96R6 et IT-116R3, *op. cit.*, note 373.

3.1. OPTIONS INCITATIVES ACCORDÉES AUX EMPLOYÉS

Généralités

Les options d'achat de titres accordées à des employés ont une importance significative, particulièrement si les titres sous-jacents sont inscrits à la cote d'une Bourse de valeurs. Cela est dû au fait que contrairement aux titres non inscrits, on peut rapidement les monnayer, après l'exercice du droit de leur acquisition ou par la vente de l'option.

Pour l'employeur, il s'agit d'une forme de rémunération qui ne requiert aucun débours. Qui plus est, celui-ci recevra une entrée de fonds, lors de l'exercice de l'option, égale au prix convenu pour acquérir les titres ou les options. Cette somme sera versée au capital social de la personne admissible et elle ne constitue pas un revenu pour l'émetteur. Par ailleurs, l'avantage ne constitue pas une dépense pour l'employeur³⁸⁶.

Généralement, l'avantage découlant d'une option d'achat de titres est inclus dans le revenu du particulier pour l'année au cours de laquelle il a exercé l'option³⁸⁷. Par ailleurs, si l'employeur qui a accordé l'option est une SPCC, l'employé qui traite à distance avec celle-ci est plutôt tenu d'inclure l'avantage dans le calcul de son revenu pour l'année où il disposera des titres sous-jacents³⁸⁸. Tout avantage ainsi inclus dans le revenu de l'employé augmentera d'autant le PBR du titre qu'il acquiert³⁸⁹.

Si l'avantage est accordé à une personne à l'extérieur du cadre de son emploi ou d'une charge, d'autres règles sont applicables. Celles-ci font en sorte que le montant de l'avantage devra être inclus dans le calcul du revenu

³⁸⁶ Al. 7(3)b) L.I.R.

³⁸⁷ Al. 7(1)a) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 10 : la date d'acquisition est une question de fait. Elle a généralement lieu au moment où il y a transfert de propriété; voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-170, « Vente de biens - Quand elle doit être incluse dans le calcul du revenu », 25 août 1980.

³⁸⁸ Par. 7(1.1) L.I.R.

³⁸⁹ Al. 53(1)j) L.I.R.; par ailleurs, les déductions dans le calcul du revenu imposable des alinéas 110(1)d) et d.1) ne réduisent pas le PBR; voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 20 et 21; les commissions, frais de courtage ou taxes de transfert payables lors de l'acquisition sont inclus dans le coût des titres alors que lors de la disposition, ils sont déduits dans le calcul du gain en capital.

de cette personne. Si les options sont émises à un consultant dans le cadre de son entreprise, les avantages découlant de celle-ci seront inclus dans son revenu d'entreprise³⁹⁰. Si l'option est accordée à une personne à titre d'actionnaire de la société, l'avantage constituera un bénéfice imposable pour celui-ci³⁹¹. Par ailleurs, si l'option est accordée à l'ensemble des actionnaires, son attribution ne déclenchera pas l'inclusion d'un avantage imposable³⁹².

Régimes d'options

L'article 7 L.I.R. s'applique « lorsqu'une personne admissible a convenu d'émettre ou de vendre de ses titres ou des titres d'une personne admissible, à l'un de ses employés [...] »³⁹³. On aura noté que cette rédaction a pour but d'englober diverses formes d'ententes permettant à des employés d'acquérir des titres d'une personne admissible. Elle englobe ainsi des situations qui ne sont pas des programmes incitatifs d'achat d'actions tels qu'ils sont définis dans les politiques boursières³⁹⁴. En effet, cet article englobe, par exemple, l'émission de bons de souscription à des employés³⁹⁵.

Entiercement

Si un employé acquiert des actions interdisant le transfert de celles-ci pendant une certaine période, l'employé est réputé avoir acquis les actions au sens de l'article 7 L.I.R.³⁹⁶

³⁹⁰ Par. 7(5) et 9(1) L.I.R.; AGENCE DU REVENUE DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 4.

³⁹¹ Par. 15(1) L.I.R.; AGENCE DU REVENUE DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-96R6, *op. cit.*, note 373, par. 3.

³⁹² Al. 15(1)c) L.I.R.

³⁹³ Art. 7(1) L.I.R.

³⁹⁴ Par exemple, la Politique 4.4 « Options d'achat d'actions incitatives » de la Bourse de croissance TSX.

³⁹⁵ AGENCE DU REVENUE DU CANADA, interprétation technique 9801435, 30 janvier 1998.

³⁹⁶ Par. 7(2) L.I.R.; voir aussi AGENCE DU REVENUE DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 9.

3.1.1. Avantage imposable

Exercice des droits

L'article 7 L.I.R. traite des options accordées à un employé d'une personne admissible ou d'une personne admissible avec laquelle elle a un lien de dépendance. Les règles prévues aux paragraphes 7(1) et 7(1.1) ainsi que celles des alinéas 110(1d) et d.1) L.I.R. sont applicables si les titres sont vendus ou émis à un fiduciaire qui les détient en vue de les vendre à un employé³⁹⁷. Cette option doit exister aux termes d'une entente entre l'employeur et son employé, celle-ci pouvant même être verbale³⁹⁸.

Un avantage relié à l'emploi peut être déclenché lors de l'exercice de l'option ou la vente des options par :

- l'employé³⁹⁹; ou
- dans certains cas, une personne avec laquelle l'employé a un lien de dépendance⁴⁰⁰.

Si l'employé exerce ses droits, l'avantage est alors égal au montant suivant :

- la JVM des titres au moment de leur acquisition par l'employé

moins :

- la somme qu'il a payée ou qu'il doit payer en échange des titres; et
- le montant qu'il a payé pour acquérir le droit d'acquérir les titres.

³⁹⁷ Par. 7(2) et 8(12) L.I.R.; voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 23.

³⁹⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0060203, 22 décembre 2002; voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par 6; *Smith c. MRN*, 69 D.T.C. 192 (C.C.I.); *Fowler c. MRN*, 63 D.T.C. 600 (C.C.I.) et *MRN c. Chrysler Canada Inc.*, 92 D.T.C. 6346 (C.F.).

³⁹⁹ Al. 7(1)a), b) et e) L.I.R.

⁴⁰⁰ Al. 7(1)c) et d) L.I.R.

L'avantage imposable prend naissance non au moment où l'option est accordée mais lorsque cette option est exercée pour acquérir les titres ou lors de la disposition des titres sous-jacents dans le cas d'actions d'une SPCC et dans les autres cas où il effectue le choix du paragraphe 7(8) L.I.R. Tel qu'il sera discuté ci-après, l'avantage provenant d'un emploi peut aussi découler du transfert ou la disposition de l'option.

3.1.2. Report de l'avantage imposable

Exercice des droits

Lorsqu'une personne admissible (autre qu'une SPCC) a convenu de vendre ou d'émettre ses titres à un contribuable qui est l'un de ses employés ou l'employé d'une personne admissible avec laquelle cette personne a un lien de dépendance, l'imposition de l'avantage est déclenchée au moment de la disposition des titres, si l'acquisition est une acquisition admissible et que le contribuable fait le choix prévu au paragraphe 7(10) L.I.R.⁴⁰¹ L'employé peut choisir de reporter l'imposition de l'avantage à la date de disposition des titres plutôt qu'à l'exercice de l'option. L'avantage imposable découlant de l'octroi de l'option peut être différé si toutes les conditions prévues ci-après sont respectées. L'employé peut révoquer le choix en présentant un avis écrit avant le 16 janvier de l'année suivant l'acquisition des titres sous-jacents. L'employé doit résider au Canada au moment de l'acquisition du titre⁴⁰².

Acquisition admissible

Afin de bénéficier du report, l'employé doit en faire le choix et l'acquisition doit être une « acquisition admissible »⁴⁰³. Est une telle acquisition celle qui satisfait à toutes les conditions suivantes :

- l'émetteur n'était pas une SPCC au moment où la convention a été conclue⁴⁰⁴;

⁴⁰¹ Par. 7(8) à 7(16) L.I.R. Ces dispositions s'appliquent aux cas par ailleurs visés par l'alinéa 7(1a) L.I.R., soit l'exercice de l'option et non la disposition d'options.

⁴⁰² Par. 7(13) et al. 7(10)h) L.I.R.

⁴⁰³ Par. 7(9) L.I.R.

⁴⁰⁴ Par. 7(8) L.I.R.

- l'employé pourrait déduire un montant égal à la moitié de l'avantage en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R. dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition au cours de laquelle le titre est acquis⁴⁰⁵. L'employé doit traiter à distance avec l'employeur. Si l'employeur est une société, les titres doivent être des actions ordinaires tel qu'elles sont définies au règlement⁴⁰⁶. Le prix d'exercice de l'option doit être au moins égal à la JVM du titre au moment où l'option a été conférée;
- si la personne admissible était une société, l'employé n'était pas immédiatement après la conclusion de la convention un « actionnaire déterminé » de celle-ci ou de l'employeur ou de la personne de qui les titres sont acquis⁴⁰⁷;
- si le titre est une action d'une société, il fait partie d'une catégorie d'actions qui, au moment de l'acquisition, est inscrite à la cote d'une Bourse de valeurs prescrite canadienne ou étrangère⁴⁰⁸;
- l'employé réside au Canada au moment de l'acquisition des actions⁴⁰⁹;
- l'acquisition du titre a été effectuée après le 27 février 2000⁴¹⁰.

Le choix

Le contribuable doit produire son choix au plus tard le 16 janvier de l'année suivant l'année où le contribuable a exercé son option et acquis des actions⁴¹¹. L'exercice du choix est réputé nul aux fins des règles de retenue à la source que doit effectuer l'employeur en vertu du paragraphe 153(1)

⁴⁰⁵ Al. 7(9)b) L.I.R.

⁴⁰⁶ Art. 6204 R.I.R.

⁴⁰⁷ Al. 7(9)c) L.I.R.; par. 248(1) L.I.R.; un « actionnaire déterminé » est généralement un actionnaire qui possède au moins 10 % des actions émises d'une catégorie donnée du capital-actions de la société ou de toute autre société qui est liée à celle-ci.

⁴⁰⁸ S.-al. 7(9)d)(i) L.I.R.; art. 3200 et 3201 R.I.R.

⁴⁰⁹ Al. 7(10)b) L.I.R.; par. 200(5) R.I.R. L'employeur, l'entité qui émet le titre ou l'entité dont le titre est émis à l'employé émettra, pour l'année où le titre est acquis, un formulaire prescrit rapportant le montant de l'avantage différé.

⁴¹⁰ Al. 7(9)a) L.I.R.

⁴¹¹ Par. 7(10) L.I.R.; par. 7(16) L.I.R.: Formulaire T 1212 « État du report des avantages liés aux options d'achat d'actions ».

L.I.R. de sorte que celui-ci n'a pas à effectuer de retenue à la source si le choix est effectué⁴¹². Si le choix est présenté aux autorités fiscales, le contribuable pourra reporter l'imposition de l'avantage jusqu'au moment de la disposition des actions, jusqu'à concurrence d'une valeur annuelle de titres de 100 000 \$ au moment où l'option fut conférée⁴¹³. Il est à noter que ce plafond est annuel, ce qui permet de différer l'imposition de l'avantage au cours de plusieurs années.

Actions ordinaires d'une société

Les contribuables qui réclament la déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R., relativement à des actions du capital-actions d'une société, doivent avoir acquis des actions admissibles telles que cette expression est définie au règlement⁴¹⁴. En termes généraux, il s'agit d'actions ordinaires de la société. En analysant le règlement, on note qu'il existe des situations particulières qui pourraient avoir pour effet de faire perdre l'admissibilité à ces actions. Ainsi, une action ne sera pas une action prescrite si :

- le détenteur, la société ou une autre personne puisse faire en sorte que l'action soit achetée, rachetée ou que le capital versé soit réduit ou si une personne a l'obligation, même conditionnelle de procéder au rachat, à l'achat ou à la réduction du capital versé⁴¹⁵. Il est à souligner qu'il existe une exception dans le cas d'une conversion en une action qui serait elle-même une action prescrite⁴¹⁶;
- on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que dans les deux ans suivant l'émission de l'action, la société ou une personne apparentée rachète, acquière ou annule l'action⁴¹⁷;
- on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que l'une des conditions des actions change de telle sorte que l'action ne serait pas une action

⁴¹² Par. 7(15) L.I.R.; par. 200(5) R.I.R.; l'employeur doit faire apparaître l'avantage dans un formulaire prescrit.

⁴¹³ Al. 7(10)c) et par. 7(11) L.I.R.

⁴¹⁴ Art. 6204 R.I.R.

⁴¹⁵ S.-al. 6204(1a)(iv), (v) et (vi) R.I.R.

⁴¹⁶ S.-al. 6204(1a)(iii) R.I.R.

⁴¹⁷ Al. 6204(1b) R.I.R.; autrement que par suite de la fusion d'une filiale à 100 %, une liquidation à laquelle s'applique le paragraphe 88(1) L.I.R. et une distribution ou une attribution à laquelle s'applique le paragraphe 84(2) L.I.R.

prescrite dans les deux ans suivant l'émission de l'action si elle avait été vendue au moment de la modification⁴¹⁸.

Pour la personne admissible inscrite à la cote d'une Bourse, toute option conférée à des employés devra prévoir un coût d'acquisition au moins égal à la JVM de l'action au moment où l'option est accordée si l'employé désire réclamer la déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R. et le report du paragraphe 7(8) L.I.R. Un rabais potentiel accordé à un employé lors de l'acquisition d'une action, même si ce rabais est conditionnel, peut empêcher l'employé de réclamer la déduction. Il faudra toujours être vigilant lors du rachat, de l'achat ou de la réduction du capital versé si cette décision ne vient pas faire perdre la nature d'actions admissibles des actions visées par cette décision. Nous vous référons à notre discussion ci-dessous sur les réorganisations corporatives et les échanges d'options.

3.1.3. Employé

Les règles de l'article 7 et des alinéas 110(1)d) et d.1) L.I.R., autres dispositions connexes, s'appliquent aux options émises à des employés. Les administrateurs d'une société et les fiduciaires d'une fiducie de fonds commun de placement ont-ils droit à ces dispositions? Généralement, nous devons être en présence d'une relation employeur-employé, situation où il existe un lien de subordination entre l'individu et son employeur⁴¹⁹. Par

⁴¹⁸ Al. 6204(1)c) R.I.R.; voir sur le sujet Gordon FUNT, « The Prescribed Share Rules for Stock Options », vol. LVII, n° 1 *Business Vehicles*, Federated Press, pp. 322-324.

⁴¹⁹ Par. 5(1) L.I.R.; voir sur le sujet François AUGER, « Employé salarié et travailleur autonome », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien - Recueil d'études en fiscalité*, Montréal, Association de planification fiscale et financière - Ministère de la Justice du Canada, 2002, pp. 3:1-86 et Alain GAUCHER, « A Workers Status as Employee or Independent Contractor », dans *1999 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2000, pp. 33:1-98; dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-525R (consolidé), « Artistes de la scène », 24 avril 2002, par. 3, on précise :

« Plusieurs facteurs doivent être pris en considération pour déterminer si une personne travaille comme employé ou de façon indépendante. Pour ce faire, il s'agit de déterminer si le contrat conclu entre les parties consiste en un contrat de louage de services entre un employeur et un employé, ou en un contrat d'entreprise qui prévoit l'engagement d'un travailleur indépendant. En général, il y a contrat de louage de services lorsque la personne à qui les services sont rendus a le droit de contrôler le montant, la nature, la gestion du travail à effectuer et la façon de l'exécuter. Il y a contrat d'entreprise lorsqu'une personne s'engage à atteindre un objectif fixé et jouit d'une entière liberté pour atteindre les résultats désirés. »

ailleurs, selon les définitions d'« employé » et d'« emploi » du paragraphe 248(1) L.I.R., sont inclus les cadres ou fonctionnaires ainsi que la personne qui accomplit la fonction qui comporte une charge ou un emploi. Une « charge » est « un poste qu'occupe un particulier et qui lui donne un traitement ou une rémunération fixe ou vérifiable [...], toute autre charge dont le titulaire est [...] choisi ou nommé à titre représentatif, et comprend aussi le poste d'administrateur de société [...] »⁴²⁰. Cette définition nous semble assez large pour comprendre les administrateurs de sociétés et les fiduciaires de fiducies de fonds communs de placement.

3.1.4. Employé ou actionnaire

Un actionnaire qui détient des actions qui lui sont émises à un prix moindre que leur JVM, et qu'un tel droit n'est pas conféré à tous les actionnaires de la société, reçoit un avantage imposable⁴²¹. Il arrivera fréquemment que l'employé à qui est conférée une option soit également un actionnaire de la société. Les règles de l'article 7 L.I.R. ne s'appliquent que si l'avantage a été accordé dans « l'occupation ou en vertu d'un emploi »⁴²². La question est donc de déterminer laquelle des dispositions du paragraphe 15(1) ou de l'article 7 L.I.R. s'appliquent. Il s'agit d'une question de fait dans tous les cas. Lorsque l'intention de l'employeur est de conférer un bénéfice à une personne en vue qu'il devienne un employé ou qu'il le demeure, la jurisprudence nous enseigne que l'avantage a été accordé à titre d'employé⁴²³.

⁴²⁰ Par. 248(1) « charge » L.I.R.; voir P. Mario CHARPENTIER, « Entreprises technologiques : intéressement des employés – rémunération, bonification », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 5:1-62, aux pages 5:5-31; aussi « Table ronde de Revenu Canada », dans *1986 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1987, pp. 51:1-88, question 64, aux pages 51:75-76; *Taylor*, précité, note 362; *Grohne c. La Reine*, 89 D.T.C. 5220 (C.F.); *Scott c. La Reine*, 91 D.T.C. 5268 (C.F.), confirmé par 94 D.T.C. 6193 (C.A.F.); AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9420525, 6 septembre 1994 et *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 12.

⁴²¹ Par. 15(1) et al. 15(1)c) L.I.R.

⁴²² Par. 7(3) introduction et par. 7(5) L.I.R.

⁴²³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 12; *Del Grande c. MRN*, 93 D.T.C. 133 (C.C.I.); voir également *Tyrer v. Smart*, [1979] 1 All E.R. 321 où le tribunal a conclu que le traitement préférentiel accordé à un employé avant un PAPE l'avait été dans le cadre de son emploi.

3.1.5. Cessation d'emploi

Pour une personne qui était un employé au moment où elle a reçu le droit d'acquérir des actions, qui a cessé d'être un employé par la suite, et ce, avant d'avoir exercé, transféré ou disposé de celui-ci, les dispositions de l'article 7 et des alinéas 110(1)d) et d.1) L.I.R. continueront de s'appliquer, au-delà de l'emploi, pour déterminer l'avantage accordé à cette personne⁴²⁴.

3.1.6. Cession de l'option

Sauf si la convention entre l'employeur et l'employé l'interdit, un employé peut céder son option à des tiers. Il peut la céder à une personne avec laquelle il a ou n'a pas de lien de dépendance. Un avantage reçu dans le cadre d'un emploi peut résulter de l'exercice du droit ainsi que du transfert ou de la disposition des droits d'un employé prévus dans une entente relative à des options d'achat de titres.

Cession de l'option à un tiers

L'employé qui transfère des droits ou qui en a disposé en faveur d'une personne avec laquelle il n'a aucun lien de dépendance⁴²⁵ est présumé avoir reçu, à ce moment, un avantage en raison de son emploi égal à la différence entre la valeur de la contrepartie reçue et le prix payé pour acquérir l'option⁴²⁶. Fréquemment, dans le cadre d'une mise en Bourse, une réorganisation corporative prend place. Celle-ci donne lieu à un réaménagement d'un ou des régimes d'options incitatifs pour les employés des entités concernées. Dans ce contexte, est-ce que l'employé transfère des droits ou dispose de droits en faveur d'une personne avec laquelle il n'a pas de lien de dépendance? Dans ces cas, tel qu'il sera discuté ci-après, des règles spéciales peuvent permettre d'effectuer de telles transactions sans déclencher l'application de l'alinéa 7(1)b) L.I.R.⁴²⁷

⁴²⁴ Par. 7(4) L.I.R.; voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 3.

⁴²⁵ Art. 251 L.I.R.; voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, *op. cit.*, note 195.

⁴²⁶ Al. 7(1)b) L.I.R.

⁴²⁷ Par. 7(1.4) L.I.R.

Transfert de l'option entre personnes ayant un lien de dépendance et exercice des droits

Si une option est cédée, une ou plusieurs fois, entre des personnes ayant un lien de dépendance, l'employé est réputé avoir reçu un avantage en vertu de son emploi l'année où l'option est exercée. Au moment de l'exercice de l'option, la valeur de l'avantage sera imposable à titre de revenu d'emploi pour l'employé et non pour le disposant. Le montant de cet avantage est égal à la valeur des titres au moment où est exercée l'option, déduction faite du prix montant qu'il a payé ou doit payer à la personne admissible pour acquérir ceux-ci et au prix payé par l'employé pour acquérir l'option⁴²⁸.

Transfert de l'option entre personnes n'ayant aucun lien de dépendance et disposition des droits

Si une option transférée, une ou plusieurs fois, entre personnes ayant un lien de dépendance est subséquemment vendue avant d'avoir été exercée, et ce, en faveur d'une personne n'ayant pas de lien de dépendance, l'employé sera présumé, à ce moment, avoir reçu un avantage en vertu de son emploi. Le montant de cet avantage est égal à la différence entre la valeur de la contrepartie reçue pour les droits, déduction faite du montant payé par l'employé pour acquérir l'option⁴²⁹.

3.1.7. Paiement en espèces en lieu de l'émission des actions

L'ARC indique au paragraphe 11 du *Bulletin d'interprétation* IT-113R4 que si l'employeur choisit unilatéralement de verser un montant d'argent au lieu d'émettre des actions, lorsque vient le temps d'exercer les options, le montant reçu par l'employé ne sera pas assujéti à l'article 7 L.I.R. mais sera un bénéfice reçu au titre d'un emploi, tel qu'il est édicté au paragraphe 5(1) et à l'alinéa 6(1)a) L.I.R. On précise qu'on ne peut alors appliquer l'alinéa 7(3)b) L.I.R. pour refuser à l'employeur la déduction de paiement. Ce montant considéré comme un simple salaire entraînera un fardeau fiscal plus important pour l'employé qui peut l'exercer à sa discrétion. Dans cette situation, ce dernier n'a pas droit alors dans le calcul de son revenu imposable à la déduction de 50 % du montant de l'avantage de l'alinéa 110(1)d) ou d.1) L.I.R. Par contre, si l'option de recevoir des sommes au lieu d'actions est donnée à l'employé, le régime de l'article 7 L.I.R. prévaudrait,

⁴²⁸ Al. 7(1)c) L.I.R.

⁴²⁹ Al. 7(1)d) L.I.R.

plus particulièrement les règles applicables de l'alinéa 7(1)b) L.I.R. relatives aux transferts de droits⁴³⁰. L'employé aura droit ici à la déduction de l'alinéa 110(1)d) L.I.R., le cas échéant.

On peut se demander si cette pratique administrative est encore nécessaire, étant donné la modification législative applicable depuis le 16 mars 2001. Rappelons que le *Bulletin d'interprétation* IT-113R4 n'a pas été révisé depuis 1996. Le nouveau paragraphe 7(1.7) L.I.R.⁴³¹ stipule que lorsque les droits d'un contribuable cessent d'être susceptibles d'être exercés et que le contribuable reçoit une contrepartie pour les droits ne pouvant plus être exercés :

- l'employé est présumé avoir disposé des droits en faveur d'une personne traitant sans lien de dépendance aux fins de l'alinéa 7(1)b) L.I.R.;
- l'alinéa 7(1)b) L.I.R. s'applique et la valeur de l'avantage est présumée être la différence entre le montant reçu et la somme payée pour l'option.

Dans la mesure où le versement par un employeur d'une somme pour l'annulation des droits ne vise pas l'émission ou la vente de titres, la somme payée par l'employeur serait déductible à titre de « salaire »⁴³². Cette conclusion découle de l'alinéa 7(3)b) L.I.R. qui prévoit que le revenu de la société n'est pas touché par la valeur de l'avantage imposable découlant de l'émission ou la vente des titres, ce qui n'est pas le cas ici dans le cas d'annulation⁴³³. Notons que l'employé ne pourra bénéficier de la déduction prévue à l'alinéa 110(1)d.1) L.I.R. (voir ci-après) étant donné que l'avantage ne découle pas de l'application du paragraphe 7(1.1) L.I.R. mais bien de l'alinéa 7(1)b) L.I.R. Par ailleurs, l'employé pourrait se prévaloir de l'alinéa 110(1)d) L.I.R.

⁴³⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu - Nouvelles techniques*, n° 19, 16 juin 2000, p. 1; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 11.

⁴³¹ La modification au paragraphe 7(1.7) L.I.R. a pour but de contrecarrer les effets de la décision de l'arrêt *Buccini c. La Reine*, 2000 D.T.C. 6685 (C.A.F.) (ci-après « *Buccini* »). Dans cette cause, une compensation fut versée à la suite de la terminaison unilatérale d'un plan d'options. La Cour a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une disposition des droits du plan mais d'une indemnité pour bris de contrat et que l'alinéa 7(1)b) L.I.R. ne s'appliquait pas.

⁴³² Par. 7(3) L.I.R. (*a contrario*).

⁴³³ Par. 7(7) L.I.R.; « titre » signifie des actions du capital-actions d'une société ou des unités d'une fiducie de fonds communs de placement.

3.1.8. Particularité pour les SPCC

Une SPCC qui offre à des employés d'acquérir des actions peut également conférer à ceux-ci un avantage imposable. Les employés et les actions peuvent être les siens ou ceux d'une autre SPCC avec laquelle elle a un lien de dépendance. L'avantage est égal à la différence entre la valeur des actions au moment où l'employé acquiert les actions et le total du prix payé et qu'il doit payer à la société pour les actions et pour l'option. L'employé inclura l'avantage dans le calcul de son revenu tiré d'un emploi pour l'année d'imposition où il aura **disposé ou échangé** les actions acquises dans le cadre d'une entente avec son employeur⁴³⁴. Le coût fiscal des actions sera augmenté de la valeur de l'avantage imposable⁴³⁵. Cet ajustement au PBR est nécessaire dans la détermination éventuelle de la perte ou du gain en capital lors de la vente des actions, et ce, afin d'éviter une double imposition.

Tel qu'il a déjà été indiqué, malgré l'existence d'une déduction de 50 % (voir ci-après), l'avantage imposable n'est pas considéré comme un gain en capital mais bien comme un revenu d'emploi et, en conséquence, il n'est pas admissible à la déduction à l'égard du gain en capital⁴³⁶. Si l'employé détient les actions, une fois l'option exercée, pendant une période de plus de deux ans, l'augmentation de la valeur des actions entre le moment où il a exercé ses options et le moment de la disposition des actions pourrait être admissible à la déduction à l'égard du gain en capital de 500 000 \$, si les autres conditions énoncées à l'article 110.6 L.I.R. sont satisfaites.

Pour bénéficier d'un report du moment de l'imposition accordé aux options d'une SPCC, l'employé ne doit pas avoir de lien de dépendance avec l'émetteur, la SPCC dont l'émetteur a convenu de vendre l'action du capital-actions ou la SPCC qui est son employeur⁴³⁷ à moins de mettre en place une stratégie complexe; cette limite peut être contraignante lorsque la société est une société familiale et que le fondateur et ses enfants impliqués dans l'entreprise souhaitent bien bénéficier d'options d'achat d'actions.

⁴³⁴ Par. 7(1.1) L.I.R.

⁴³⁵ Al. 53(1)j) L.I.R.

⁴³⁶ Par. 7(3) et al. 110(1)d.1) L.I.R.

⁴³⁷ Par. 7(1.1) L.I.R.

3.1.9. Déductions dans le calcul du revenu imposable

Un employé peut devoir inclure un avantage dans le calcul de son revenu d'emploi aux termes des paragraphes 7(1) et 7(1.1) L.I.R. lorsqu'il exerce ou dispose de son option et dans le cas d'une option d'une SPCC lorsqu'il dispose des actions sous-jacentes. Dans ces cas, il pourrait avoir droit de déduire dans le calcul de son revenu imposable 50 % du montant de l'avantage imposable. Cette déduction ne réduit pas par ailleurs le PBR des actions sous-jacentes⁴³⁸.

Employeur autre qu'une SPCC

L'employé a droit à une déduction, si toutes les conditions suivantes sont remplies, soit :

- une personne admissible ou une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance a convenu de vendre ou d'émettre un titre;
- le titre est une action prescrite⁴³⁹ du capital-actions d'une société ou une part de fiducie, de fiducie de fonds communs de placement ou une option qui, si elle était exercée, donnerait droit à de telles actions ou parts⁴⁴⁰;
- au moment de la conclusion de l'entente, le montant payable pour acquérir les titres n'est pas inférieur à l'excédent de la JVM des titres au moment de la conclusion de l'entente pour acquérir le titre découlant des options sur le montant payé par le contribuable⁴⁴¹;
- l'employé n'avait pas de lien de dépendance avec l'employeur ou l'émetteur immédiatement après la conclusion de l'entente⁴⁴².

⁴³⁸ Al. 53(1)j) L.I.R et AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 20.

⁴³⁹ Art. 6204 R.I.R.

⁴⁴⁰ S.-al. 110(1)d)(i) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 18.

⁴⁴¹ Div. 110(1)d)(ii)(A) L.I.R.; le paragraphe 110(1.5) L.I.R. contient des règles applicables relativement à la JVM lors d'une restructuration de capital et au paiement d'un dividende en actions.

⁴⁴² Div. 110(1)d)(ii)(B) L.I.R.

On notera que l'alinéa 110(1)d) L.I.R. s'applique aux situations prévues au paragraphe 7(1) L.I.R., plus précisément à la suite de l'exercice d'une option ou de la disposition de celle-ci. L'alinéa 110(1)d.1) L.I.R. ne s'applique qu'aux cas d'exercices d'options d'achat d'actions d'une SPCC. Par ailleurs, lorsque ce dernier alinéa ne s'applique pas, même si l'employeur est une SPCC, le contribuable a droit à la déduction de l'alinéa 110(1)d) L.I.R.⁴⁴³ s'il satisfait aux autres conditions.

Employé d'une SPCC

Si un employé d'une SPCC bénéficie d'un avantage imposable et s'il conserve ses actions pendant **au moins** deux ans et qu'il n'a pas déduit une somme en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R., il aura droit à une déduction dans le calcul de son revenu imposable égale à 50 % de la valeur de l'avantage qu'il devra, par ailleurs, inclure dans son revenu d'emploi⁴⁴⁴. Il n'existe aucune condition selon laquelle le prix d'exercice se doit d'être égal à la JVM de l'action au moment où l'option a été conférée et que les actions doivent être des actions ordinaires visées par règlement. La déduction prévue à l'alinéa 110(1)d.1) L.I.R. n'est admissible que dans le cas où l'employé lui-même exerce l'option. Si ce dernier a cédé son option, peu importe à qui, même à une personne liée, l'alinéa 110(1)d.1) L.I.R. ne s'applique pas. Cependant, l'employé pourrait, dans certains cas, par ailleurs bénéficier de la déduction de l'alinéa 110(1)d) L.I.R.

3.1.10. Réorganisation corporative

Relativement aux régimes d'options pour les employés, les réorganisations corporatives font l'objet de règles précises. Il s'agit des

⁴⁴³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 19 *in fine*.

⁴⁴⁴ Al. 110(1)d.1) L.I.R.; voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 19. Le contribuable pourra aussi réclamer la déduction pour gains en capital sur des « actions admissibles de petites entreprises », si les conditions d'application de l'article 110.6 L.I.R. sont remplies. Le gain faisant l'objet de l'exonération est la partie du gain représentant la différence entre le produit de disposition et le PBR de l'action. Selon l'alinéa 53(1j) L.I.R., ce PBR est composé notamment du prix payé par le contribuable plus la valeur de l'avantage imposable. Dans l'hypothèse où la valeur de l'action est de 7 \$ au moment de l'exercice d'une option au coût de 3 \$, l'avantage imposable sera de 4 \$ lors de sa disposition. Si l'action est à 10 \$ au moment de la disposition, l'avantage imposable sera réduit à 2 \$, et le gain en capital de 3 \$ (10 \$ - 7 \$) serait exonéré si l'action avait été conservée pendant deux ans.

réorganisations où des options sont échangées contre d'autres options⁴⁴⁵ et celles où des titres en circulations émis dans le cadre d'une option sont échangés contre d'autres titres⁴⁴⁶. Dans le cas des titres déjà acquis par un employé, il s'agit de ceux dont le gain est différé jusqu'au moment de leur disposition⁴⁴⁷. La règle a pour but de permettre de différer l'imposition de l'avantage même si des nouveaux titres sont émis dans le cadre d'une réorganisation. Dans le cas d'échanges d'options, l'objectif est de préserver les atouts fiscaux des options d'origine. Les règles ci-après pourraient s'appliquer lors de la modification des modalités ou du prix d'exercice.

3.1.10.1. Échange d'options

Tel qu'il a été discuté ci-dessus, lorsqu'un employé transfère ou dispose de ses options, il est réputé avoir reçu un avantage imposable en vertu de son emploi⁴⁴⁸. De plus, le cas échéant, la déduction de 50 % relativement au revenu imposable s'appliquera lors de la disposition de titres sous-jacents⁴⁴⁹. Lors d'un échange d'options, si les conditions requises sont remplies, le contribuable :

- n'est pas réputé avoir disposé de l'option échangée;
- n'est pas réputé avoir acquis une nouvelle option.

De plus,

- la nouvelle option est réputée la même option que l'ancienne et en être la continuation;
- l'émetteur de la nouvelle option est réputé la même personne que celle qui a émis l'ancienne option et en être la continuation⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ Par. 7(1.4) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 15 et 16.

⁴⁴⁶ Par. 7(1.5) L.I.R.; *id.*, par. 17.

⁴⁴⁷ Par. 7(1.1) et 7(8) L.I.R.; soit les actions d'une SPCC ou les titres d'une personne admissible pour lesquels le choix de différer annuellement 100 000 \$ d'avantages jusqu'au moment de la disposition des titres.

⁴⁴⁸ Al. 7(1)b) et par. 7(1.4) L.I.R.

⁴⁴⁹ Al. 110(1)d) et d.1) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 15 et 17.

⁴⁵⁰ Al. 7(1.4)d) à f) L.I.R.

Ces règles s'appliquent si toutes les conditions suivantes sont réunies :

- l'option disposée fait l'objet d'une entente d'achat de titres de l'employeur ou d'une société avec laquelle l'employeur a un lien dépendance⁴⁵¹;
- le contribuable ne reçoit qu'une option en contrepartie de son ancienne option⁴⁵²;
- les titres sous-jacents à la nouvelle option sont ceux de l'émetteur des anciennes options ou d'une personne avec laquelle celui-ci a un lien de dépendance, d'une société issue d'une fusion ou unification ou d'une fiducie de fonds communs de placement ayant bénéficié d'un certain transfert de biens⁴⁵³;
- la JVM des nouveaux titres moins le montant payable pour les acquérir ne doit pas excéder la JVM des anciens titres moins le prix que l'on aurait dû payer pour les acquérir⁴⁵⁴.

Sous réserve de l'application de cette disposition, toute modification fondamentale apportée à une convention relative à une option d'achat d'actions lors d'une réorganisation peut constituer la création d'une nouvelle

⁴⁵¹ Al. 7(1.4)a) L.I.R.

⁴⁵² A. 7(1.4)b) L.I.R.

⁴⁵³ S.-al. 7(1.4)b)(iv) L.I.R., soit un transfert de biens dans les circonstances visées au paragraphe 132.2(1) L.I.R.

⁴⁵⁴ Al. 7(1.4)c) L.I.R.; sur la valeur marchande d'une action inscrite à la cote d'une Bourse, on indique dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9716015, 24 juillet 1997 :

« We have confirmed the Department's position concerning the determination of the fair market value of a share with the Department's Audit Directorate which follows: The fair market value of publicly-traded shares at any point in time should be the price established on the appropriate stock exchange on the particular date. It is the Department's view that the following criteria should be considered in determining a price which is representative of fair market value: -The closing price on the particular day (in this case the day the options are exchanged), - The average of the high and low prices for the particular day, - The simple average of a stock's daily trading price, calculated as the total value of the stock traded during the particular day divided by the total number of shares trades, - The closing price for the most recent, previous day on which there was active trading, or - The average closing price of the stock over a limited number of trading days immediately before the valuation date. »

convention relative à une option d'achat de titres et donner lieu à la disposition des droits de l'employé en vertu de l'ancienne option d'achat de titres. Sans l'application du paragraphe 7(1.4) L.I.R., cette situation peut déclencher l'imposition d'un avantage à inclure dans le revenu d'emploi de l'employé en vertu de l'alinéa 7(1)b) L.I.R.⁴⁵⁵

3.1.10.2. Échanges de titres

Si un employé a déjà acquis des titres et que l'imposition de l'avantage provenant d'un emploi en a été différée⁴⁵⁶, aux fins des dispositions de l'article 7 et des alinéas 110(1d) et d.1), il ne sera pas réputé avoir disposé de ses titres et les nouveaux seront réputés les mêmes⁴⁵⁷. Si les conditions requises sont remplies, le contribuable :

- n'est pas réputé avoir disposé des titres échangés;
- n'est pas réputé avoir acquis un nouveau titre.

De plus,

- les nouveaux titres sont réputés les anciens et en être la continuation;
- l'émetteur des nouveaux titres est réputé la même personne que celle qui a émis les anciens titres et en être la continuation.

Ces règles s'appliqueront si toutes les conditions suivantes sont réunies :

- le contribuable dispose de titres qu'il a acquis dans les circonstances visées par le paragraphe 7(1.1) L.I.R. (actions d'une SPCC) ou 7(8) L.I.R. (choix annuel de 100 000 \$ relatif à des titres d'une personne admissible autre qu'une SPCC);
- le contribuable ne reçoit en contrepartie de la disposition ou l'échange que des titres :

⁴⁵⁵ Par. 7(1.1) et 7(8) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletins d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 15; IT-448, « Dispositions – modifications des conditions des titres », 6 juin 1980 et interprétation technique 9716015, *op. cit.*, note 454.

⁴⁵⁶ Par exemple par l'application des paragraphes 7(1.1) L.I.R., (SPCC) ou 7(8) L.I.R.

⁴⁵⁷ Par. 7(1.5) L.I.R. ; voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0082691R3, 22 septembre 2004.

- de la personne admissible (personne admissible donnée);
 - d'une personne admissible avec laquelle la personne admissible a un lien de dépendance après la disposition;
 - d'une société issue d'une fusion ou une d'unification comprenant la personne admissible donnée;
 - d'une fiducie de fonds communs à laquelle la personne admissible a transféré un bien dans certaines circonstances⁴⁵⁸;
 - d'une personne admissible avec laquelle la société issue d'une fusion ou d'une unification a un lien de dépendance;
- la valeur globale des nouveaux titres, après la disposition, ne dépasse pas celle des anciens avant l'échange.

On aura noté que cette disposition s'appliquera dans les cas de disposition ou d'échange en contrepartie de titres de la personne admissible ou d'une personne avec laquelle elle a un lien de dépendance⁴⁵⁹. Les titres reçus en contrepartie peuvent également être ceux d'une société issue d'une fusion ou d'une unification de sociétés ou d'une société ayant un lien de dépendance avec cette société⁴⁶⁰. Les titres peuvent être ceux reçus à la suite d'échanges successifs⁴⁶¹. Cette disposition s'appliquera notamment dans le cas d'une réorganisation corporative effectuée conformément à l'article 85.1 et au paragraphe 85(1) L.I.R. ou dans le cas de fusion, et ce, dans la mesure où l'employé ne reçoit aucune autre contrepartie que de nouveaux titres⁴⁶². Dans les situations où la société verse un numéraire en plus des actions, l'employé risque de perdre le bénéfice de cette disposition mais l'ARC est disposée à analyser chaque cas à son mérite notamment lorsque le numéraire ne sert qu'à éviter d'avoir des fractions de titres⁴⁶³.

⁴⁵⁸ Le transfert du bien doit s'être effectué dans les circonstances visées par le paragraphe 132.2(1) L.I.R.

⁴⁵⁹ S.-al. 7(1.5b)(i) et (ii) L.I.R.

⁴⁶⁰ S.-al. 7(1.5b)(iii) et (v) L.I.R.

⁴⁶¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 920226, 19 février 1992.

⁴⁶² Voir la politique de l'ARC lorsque des fractions d'actions sont payées autrement que par l'émission d'actions : AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-450R, « Échange d'actions au pair », 8 avril 1993, par. 6.

⁴⁶³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0003645, 1^{er} avril 2003.

3.1.10.3. Réorganisation en vertu du paragraphe 85(1) L.I.R.

Il y a des situations où un employé souhaite transférer les actions qu'il a acquises par suite de l'exercice de droits prévus par une option au bénéfice d'une société qu'il contrôle. Ce type de transfert peut s'effectuer en franchise d'impôt en effectuant le choix approprié du paragraphe 85(1) L.I.R. Le transfert peut se faire libre d'impôt en matière de gain en capital, si l'action est un bien en immobilisation. Il en sera autrement en ce qui concerne l'application de l'article 7 L.I.R. Dans une telle situation, il y aura généralement une disposition conformément à l'alinéa 7(1)c) L.I.R. en faveur d'une personne avec laquelle l'employé a un lien de dépendance sans conséquence immédiate pour l'employé⁴⁶⁴ lorsque la société contrôlée par l'employé dispose des titres. L'employé inclura l'avantage à ce moment et ne pourra utiliser la déduction de l'alinéa 110(1)d.1) L.I.R. mais seulement celle prévue à l'alinéa 110(1)d) L.I.R. En effet, l'alinéa 110(1)d.1) ne s'applique que si l'avantage résulte de l'application du paragraphe 7(1.1) L.I.R., ce qui n'est pas le cas dans un tel scénario.

Prenons l'exemple d'options octroyées par une société alors qu'elle est une SPCC. Celle-ci a l'intention d'inscrire éventuellement ses titres à la cote d'une Bourse de valeurs. Le détenteur aura intérêt à exercer ses options tôt (au moins 24 mois avant l'inscription) et ainsi envisager de cristalliser, le cas échéant, son exonération de 500 000 \$ du gain en capital lors de l'inscription en Bourse. Pour ce faire, l'employé pourrait vouloir transférer ses actions à sa société de gestion en utilisant les règles de roulement prévues au paragraphe 85(1) L.I.R. en effectuant un choix en conséquence. Dans un tel cas, puisque la société de gestion ne traitera pas à distance avec l'employé, le transfert des actions de la SPCC ne déclenche pas l'inclusion de l'avantage imposable en vertu de l'emploi de l'article 7⁴⁶⁵. Lorsque la société de gestion vendra le titre, l'employé devra inclure l'avantage imposable dans son revenu et n'aura droit qu'à la déduction selon l'alinéa 110(1)d) L.I.R., ce qui peut avoir un effet négatif sur l'employé lorsque le prix d'exercice de l'option est inférieur à la JVM de l'action au moment où l'option a été émise. L'employé pourrait donc avoir intérêt à conserver ses actions et bénéficier de la présomption de l'article 48.1 L.I.R. qui permet de cristalliser l'exonération du gain en capital lors de l'inscription en Bourse.

⁴⁶⁴ Dans un tel cas, l'avantage imposable provenant d'un emploi est déclenché.

⁴⁶⁵ Al. 7(1)c) L.I.R.

3.1.10.4. Modification d'une convention relative à une option d'achat de titres

Toute modification fondamentale à une convention d'options pendant la durée de la convention peut entraîner une disposition de l'option par le contribuable en déclenchant l'application de l'alinéa 7(1)b) L.I.R. Cet alinéa s'applique lorsqu'un « employé [...] a transféré des droits prévus par la convention, afférents à tout ou en partie des titres, à une personne avec qui elle n'avait aucun lien de dépendance, ou en a par ailleurs disposé en faveur de cette personne [...] ». S'il s'agit d'une nouvelle entente, l'employé peut se voir attribuer un avantage imposable qui devra être inclus dans le calcul de son revenu pour l'année où le bénéfice aura été réalisé sans possibilité de report⁴⁶⁶. Tel qu'il a été discuté ci-dessus, le paragraphe 7(1.4) L.I.R. est une exception à cette règle.

Le cas le plus fréquent d'une modification de la convention concerne la modification du prix d'exercice de l'option si la valeur de l'action a fluctué à la baisse. Une autre situation de modification de la convention consiste à en modifier les termes et conditions notamment pour accélérer le droit à un employé d'exercer ses options ou relativement à la période continue d'emploi exigée par l'employeur pour bénéficier du régime.

Si l'employeur décide de modifier le prix d'exercice à la baisse, cette modification pourrait ne pas entraîner un changement fondamental dans le régime et par conséquent ne pas constituer une annulation du régime par le remplacement par un autre⁴⁶⁷. Dans la décision *Amirault*, le tribunal énonce que la réponse aux questions suivantes pourra fournir une indication qu'une modification pourrait constituer une disposition :

- Est-ce qu'un amendement constitue un changement fondamental à la convention qui change les principes mêmes de la convention?
- Est-ce que les parties avaient l'intention d'annuler l'entente en la remplaçant par une autre ou tout simplement d'en changer un élément?

⁴⁶⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletins d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 16; IT-448, *op. cit.*, note 455 et interprétation technique 2004-0056921R3, 22 septembre 2004.

⁴⁶⁷ *Amirault c. MRN*, 90 D.T.C. 1330 (C.C.I.) (ci-après « *Amirault* »); dans cette cause, la Cour conclut que les parties n'avaient pas, par leurs changements à l'entente, l'intention de la terminer ou de la remplacer, mais plutôt d'en modifier une disposition importante, soit le prix. Voir aussi AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9724275, 7 octobre 1997 et *Buccini c. La Reine*, [2001] 1 C.T.C. 103 (C.A.F.).

Offrir à un employé d'acquérir des titres, autres que ceux d'une SPCC, à une valeur moindre que leur valeur au moment où l'option a été conférée, peut faire en sorte que l'employé ne pourra prétendre à la déduction de 50 % du montant de l'avantage⁴⁶⁸, s'il s'agit de titres cotés en Bourse puisque le prix d'exercice de l'option serait alors inférieur à la JVM de l'option **au moment** où l'option a été accordée. Dans de telles circonstances, l'employé perdrait également le bénéfice du report⁴⁶⁹.

Tel qu'il a été discuté ci-dessus, rappelons que la modification du prix d'exercice peut également s'opérer par un processus d'échange d'options⁴⁷⁰. Comme il a été indiqué précédemment, il y a un roulement dans le cas d'échange d'options dans la mesure où l'employé ne reçoit aucune contrepartie lors de l'échange et lorsque le prix de l'action à acquérir découlant de la nouvelle option ne dépasse pas la JVM de l'action au moment de l'échange⁴⁷¹.

Par ailleurs, l'ARC utilisera normalement la cote de la Bourse pour déterminer la JVM d'une action mais une autre méthode peut être acceptable selon les circonstances. Un escompte justifié par l'économie des frais de courtage est considéré par l'ARC comme venant « contaminer » la JVM de l'action⁴⁷².

Qu'arrive-t-il maintenant si, dans le cas d'une société inscrite à la cote d'une Bourse, le prix de l'option est modifié à la baisse? En principe, lors de l'exercice de l'option, l'employé ne pourra bénéficier de la déduction pour l'alinéa 110(1)d) L.I.R., car le prix d'exercice est inférieur à la JVM de l'action **au moment** où l'option a été conférée.

Les propositions législatives fédérales du 27 février 2004 apportent une exception au principe décrit ci-dessus. Le nouveau paragraphe 110(1.8) L.I.R. décrit les conditions d'application et le nouveau paragraphe 110(1.7) L.I.R. énonce la conséquence d'une telle modification. Ces dispositions ont pour effet de ne pas retirer à un employé le droit de demander une réduction

⁴⁶⁸ Selon l'alinéa 110(1)d) L.I.R.

⁴⁶⁹ Lequel report est prévu aux paragraphes 7(8) et 7(10) L.I.R. et est conditionnel à l'application de l'alinéa 110(1)d) L.I.R.

⁴⁷⁰ Par 7(1.4) L.I.R.

⁴⁷¹ Al. 7(1.4)c) L.I.R.

⁴⁷² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2002-0151247, 15 juillet 2002; 2003-0054581E5, 14 mai 2004; 2000-0006935, 10 mars 2000.

selon l'alinéa 110(1)d) L.I.R. dans le cas où la réduction du prix de l'option aurait pu être réalisée au moyen d'un échange d'actions.

Pour bénéficier de ces règles, deux conditions doivent être respectées :

- i) l'employé n'aurait pas droit à la déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d) si l'option était levée aussitôt après la réduction du prix;
- ii) l'employé aurait eu droit à la déduction s'il y avait eu un échange d'options prévu au paragraphe 7(1.4) L.I.R. et si l'employé avait levé l'option immédiatement après l'échange.

On se référera plus précisément à l'alinéa 7(1.4)e) L.I.R. qui prévoit qu'un échange d'options n'aura aucune conséquence négative pour l'employé si la JVM des nouveaux titres moins le montant payable pour les acquérir n'excède pas la JVM des anciens titres moins le prix qui aurait été payé pour les acquérir.

Les paragraphes 110(1.7) et 110(1.8) L.I.R. s'appliqueront pour permettre la déduction en vertu de l'alinéa 110(1)d) L.I.R. pour l'employé dans l'exemple suivant :

Prix d'exercice de l'option initiale	100 \$
JVM au moment de l'exercice	30 \$
Nouveau prix d'exercice	30 \$

L'alinéa 7(1.4)c) L.I.R. s'applique car la JVM des nouveaux titres (30 \$) moins le prix d'exercice (30 \$) n'est pas supérieur à la JVM des actions (30 \$) moins le prix à payer initialement (100 \$). Lors de l'exercice éventuel des options, l'employé pourrait réclamer la déduction selon l'alinéa 110(1)d) L.I.R.

3.1.11. Certains cas particuliers découlant de l'application des règles sur les options d'achat d'actions

Expiration d'une option

Le non-exercice d'une option par son détenteur n'entraîne aucune conséquence fiscale pour ce dernier sauf s'il a versé une somme pour acquérir cette option. Une option est incluse dans la définition du mot « bien » au paragraphe 248(1) L.I.R. Aux fins du calcul de la perte ou du

gain en capital, l'expiration de l'option est une disposition⁴⁷³. L'expiration de l'option fera subir une perte en capital pour son détenteur s'il avait versé une somme pour acquérir l'option. Soulignons que la perte ne peut être une perte au titre d'un placement dans une entreprise puisqu'une option n'est pas une action⁴⁷⁴.

Si le contribuable reçoit un montant en contrepartie du fait que les droits prévus à la convention cessent d'être susceptibles d'exercice, ce montant est réputé reçu relativement à la disposition desdits droits avec une personne qui n'avait pas de lien de dépendance avec celui-ci. Le montant de l'avantage est égal au montant reçu moins le montant qu'il a payé pour acquérir les droits⁴⁷⁵.

Effet d'un lien de dépendance entre l'employé et un employeur

Un employé qui a un lien de dépendance⁴⁷⁶ avec la personne admissible peut bénéficier d'un régime d'options d'achat d'actions. Par ailleurs, cette personne ne pourra bénéficier des avantages fiscaux permettant de différer ou de réduire l'imposition de l'avantage imposable⁴⁷⁷. Le contribuable qui a un tel lien de dépendance devra inclure l'avantage imposable lors de l'exercice de l'option, la disposition ou le transfert de ses droits et n'aura droit à aucune déduction à l'encontre de cet avantage imposable⁴⁷⁸.

Contribution d'une option à un REÉR

Un employé peut transférer une option d'acquérir des titres d'une personne admissible à son REÉR dans la mesure où l'action elle-même constitue un placement admissible en vertu des règles usuelles en la matière⁴⁷⁹.

⁴⁷³ Par. 248(1) « disposition », al. iv) L.I.R.

⁴⁷⁴ Par. 248(1), « action » L.I.R.

⁴⁷⁵ Al. 7(1)b) L.I.R. et par. 7(1.7) L.I.R.; disposition ayant pour but de contrecarrer les effets de la décision dans l'arrêt *Buccini*.

⁴⁷⁶ Par. 251(1) L.I.R.

⁴⁷⁷ Par. 7(1.1), div. 110(1)d)(ii)(B) et al. 110(1)d.1) L.I.R.

⁴⁷⁸ Par. 7(1.1), 7(8), 7(9) et al. 110(1)d) L.I.R.

⁴⁷⁹ Al. 4900(1)e) R.I.R. ; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9503445, 28 avril 1995; 9633215, 21 octobre 1996.

En principe, le mécanisme est le suivant :

- le montant déductible pour le contribuable correspond à la valeur marchande du titre au moment du transfert, déduction faite du prix d'exercice de l'option, le cas échéant;
- au moment de l'exercice de l'option par le REÉR (personne qui a un lien de dépendance avec l'employé⁴⁸⁰), il y aura un avantage imposable conféré à l'employé⁴⁸¹;
- l'employé aura droit à une déduction dans le calcul de l'avantage imposable mais cette déduction sera celle prévue à l'alinéa 110(1)d) et non celle, moins restrictive, prévue à l'alinéa 110(1)d.1) L.I.R. puisque l'employé n'a pas acquis lui-même les actions.

Selon l'ARC, l'employé n'a pas droit à la déduction dans le calcul du revenu imposable de l'alinéa 110(1)d.1) L.I.R. puisque les actions sont acquises par le régime et non par l'employé⁴⁸². Ici, c'est le régime qui est l'acquéreur et non l'employé. Lorsque le régime exercera l'option, un avantage imposable au titre d'un emploi sera déclenché pour l'employé⁴⁸³. Ainsi, l'employé ne pourra pas bénéficier de la déduction accordée à l'acquisition d'actions d'une SPCC mais cette déduction sera limitée à celle offerte pour les titres d'autres personnes admissibles, notamment celle exigeant que le prix d'exercice de l'option soit au moins égal à la JVM de l'action au moment de l'octroi de l'option.

Phantom Stock Plan converti en option d'achat d'actions

Dans le cadre de l'inscription en Bourse d'une entreprise admissible, il est possible que des employés bénéficiant d'un régime dit « fantôme » ou « fictif » d'achat d'actions se voient être obligés de transformer ce régime « fantôme » en un régime d'options d'achat d'actions. L'ARC est d'avis que tout montant accumulé dans ce régime « fantôme », qui réduit le prix des actions à acheter, est présumé découler d'une disposition d'un droit et est

⁴⁸⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, document technique MR91-245.246, « Lien d'une fiducie avec corporation qu'elle contrôle et son bénéficiaire », 8 mars 1991.

⁴⁸¹ Al. 7(1)c) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 6.

⁴⁸² *Supra*, note 479.

⁴⁸³ Al. 7(1)c) L.I.R.

donc imposable en conséquence à titre de revenu d'emploi. Par ailleurs, ce montant sera présumé faire partie du coût des actions acquises⁴⁸⁴.

Bons de souscription

Un *warrant* donnant droit à un employé d'acquérir des titres d'une personne admissible peut être considéré comme une convention pour l'acquisition de titres dans le cadre de l'application de l'article 7 L.I.R. s'il est consenti dans le cadre de l'emploi. S'il est émis par une personne admissible, l'employé aura droit à une déduction de 50 % de l'avantage dans le calcul de son revenu imposable, notamment si le prix d'exercice est au moins égal à la valeur marchande de l'action au moment où le *warrant* est émis⁴⁸⁵.

Société de personnes et option d'achat d'actions des associés

Il arrive qu'une entreprise soit exploitée par une société de personnes dont les associés sont des sociétés et que celles-ci offrent aux employés de la société de personnes d'acquérir des actions du trésor desdites sociétés. Dans certains cas, même s'ils ne sont pas directement employés dans les sociétés, les employés de la société de personnes pourront bénéficier des dispositions de l'article 7 L.I.R. Selon l'ARC, chaque associé est présumé employer chacune de ces personnes physiques.

Cependant, l'ARC précise :

« Generally, employee of a partnership would be considered employees of each partner but this may not be the case where agreements between the partners specify which partners employ which employees. The determination of whether an employee is employed by each corporate partner will depend on all of the facts in each case, including any agreements between the corporate partners relating to the employment of the partnership employees. Consequently, where the facts would lead to a conclusion that an employee is employed by a particular corporate taxpayer, section 7 to the Act will apply where an employee of the partnership is granted options to acquire shares of the corporate partner⁴⁸⁶. »

⁴⁸⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 930955, 11 juin 1993; dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 6, on précise qu'un tel régime n'est pas un régime d'options visées par l'article 7 L.I.R., car il ne comporte pas l'émission d'actions mais un paiement en espèces.

⁴⁸⁵ Al. 110(1)d) L.I.R.; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 395.

⁴⁸⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9604375, 21 octobre 1996.

Il faut noter que cette position de l'ARC fut émise en 1996 et qu'avant cette date, elle avait une position contraire⁴⁸⁷.

Société qui perd son statut de SPCC pour devenir publique

Aux paragraphes 13 et 14 du *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, l'ARC est d'avis que le fait que le changement de statut d'une SPCC n'influe en rien sur les droits de l'employé de bénéficiaire du traitement accordé aux régimes d'options d'une SPCC du paragraphe 7(1.1) et de l'alinéa 110(1)d.1) L.I.R.⁴⁸⁸ Celui-ci est aussi confirmé par plusieurs interprétations techniques publiées par l'ARC⁴⁸⁹. Le déterminant ici est le statut de la personne admissible au moment où la convention relative ou le régime est conclu⁴⁹⁰.

3.2. OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS CONFÉRÉES À UNE PERSONNE NON EMPLOYÉE

Dans le cadre d'une inscription en Bourse, plusieurs consultants participeront au succès de l'opération. Parmi ces consultants, il y a des intermédiaires qui auront aidé à cibler une société avec laquelle l'opération admissible sera réalisée. Il y aura également des conseillers en gestion, avocats, vérificateurs, courtiers en valeurs mobilières et certains autres professionnels qui auront rendu des services dans le cadre de ces transactions. D'abord, rappelons que le paragraphe 7(5) L.I.R. stipule clairement que les règles établies par l'article 7 L.I.R. ne s'appliquent pas à une option qui n'a pas été reçue au titre, dans l'occupation ou en vertu de l'emploi. Dans ces cas, le montant de l'avantage sera généralement inclus dans le revenu d'entreprise du consultant⁴⁹¹. La question est donc de savoir quel est ce montant. Aussi, cette valeur serait probablement le montant de la dépense engagée dans le cadre du financement⁴⁹². Plusieurs scénarios ont été étudiés pour déterminer la valeur des services rendus.

⁴⁸⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2001-0115933, 3 avril 2002; 9324345, 29 octobre 1993.

⁴⁸⁸ Par. 7(1.1) et al. 110(1)d.1) L.I.R.

⁴⁸⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 395; interprétations techniques 9215945, 11 juin 1992; 9216695, 28 juillet 1992.

⁴⁹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9215945 et 9216695, *op. cit.*, note 489 ainsi que 9728505, 27 février 1998.

⁴⁹¹ Par. 9(1) L.I.R.

⁴⁹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-490, « Troc », 5 juillet 1982, par. 7 et 8 et interprétation technique 9624205, 11 octobre 1996, où les autorités fiscales établissent une façon de comptabiliser l'avantage.

Rappelons que le revenu d'emploi se calcule généralement sur la base d'une comptabilité de caisse et celle d'une entreprise d'exercice. La première méthode pourrait être celle s'apparentant à du « troc ». En vertu de cette théorie, on regarde la valeur du service rendu sans tenir compte de la valeur des options⁴⁹³. Une seconde méthode serait de reporter l'imposition au moment où cette option est acquise et exerçable et alors que la valeur de l'option serait bien déterminée. Une troisième approche serait de considérer l'avantage seulement lorsque les titres seront émis. Le revenu serait alors la différence entre la valeur du titre et le prix à payer pour celui-ci, le cas échéant.

Dans certains documents publiés par l'ARC en 2000 et en 2002, on retrouve des analyses sur le sujet⁴⁹⁴. Il ressort de ces documents que si les options sont allouées en contrepartie de services rendus, il faut évaluer la valeur des options pour déterminer la valeur du montant de revenu du consultant et de la dépense de l'émetteur. Si les options sont conférées pour des services à rendre, on pourrait penser que la valeur du revenu pour le consultant serait un montant égal à la différence entre la JVM des actions à l'époque où l'option est conférée (ou lors de l'acquisition des titres), déduction faite du prix à payer, le cas échéant.

Sur le sujet, l'ARC précise ce qui suit :

« Options Granted for Services Previously Rendered »

Where options are issued to a consultant as consideration for services rendered as an independent contractor immediately before the options were granted, section 9 of the *Income Tax Act* (the "Act") will apply to include in the income of the consultant the fair market value of the option at the time of the grant. If the consultant was a non-resident, and the services, were rendered in Canada, the benefit will be included in the consultant's taxable income earned in Canada by virtue of subparagraph 115(1)(a)(ii), and a amount equal to the benefit will be added in computing the cost to the taxpayer of the option pursuant to subsection 52(1). Relief from the income inclusion may be available under a tax convention between Canada and the non-resident's country of residence.

If the option is exercised, subsection 49(3) will deem the exercise of the option not to be a disposition of property and the cost of the option, if any, will be added to the adjusted cost base of the share pursuant to subparagraph 49(3)(b)(ii).

⁴⁹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1999-0013915, 3 mai 2000.

⁴⁹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 472.

Options Granted for Services to be Rendered

In circumstances where it can be determined (i.e. on examination of all the facts and circumstances, including contracts, etc.) that the option are granted in consideration for services that are to be rendered by a self-employed consultant over a period of time after the time of grant, we may, depending on the facts, take the view that the difference between the fair market value of the shares and the exercise price at the time of exercise, or a portion thereof, is consideration received for the services rendered. Relief may be available under a tax convention between Canada and the non-resident's country of residence.

In these circumstances, the amount included in income as a fee for services would be included in the adjusted cost base of the shares pursuant to subsection 52(1).

Options Granted in Contemplation of Person Becoming a Shareholder

If the stock option was granted by virtue of the consultant's shareholdings, or in contemplation of his becoming a shareholder, subsection 15(1) of the Act will apply to include in the income of the consultant the fair market value of the option at the time of grant. If the consultant was a non-resident, paragraph 214(3)(a) will apply to deem the benefit to be a dividend. Relief may be available under a tax convention between Canada and the non-resident's country of residence.

Valuation

As set out in paragraph 3 of IT-96R6, Options Granted by Corporations to Acquire Shares, Bonds, or Debentures and by Trusts to Acquire Trust Units, the fair market value of an option is the greater of:

- the trading value of the rights received; and
- the amount by which the fair market value of the shares subject to the option at the time of the option's distribution exceeds the exercise price provided in the option.

Therefore, if as set out in the facts, there is no market for the options and the option price at the time of grant is equal to the fair market value of the shares at that time, it would appear that there would be no benefit.

Taxable Canadian Property

If the shares of the Canadian corporation are taxable Canadian property, the options to acquire those shares will also be taxable Canadian property, by virtue of paragraph (1) of the definition of "taxable Canadian property" in subsection 248(1) of the Act. As such, a disposition of the options would generally result in the application of section 116.

Any gain on the subsequent disposition of the shares that are taxable Canadian property would be taxable in Canada by virtue of subparagraph 115(1)(a)(iii) of the Act, subject to any relief under a treaty that Canada has with the non-resident's country of residence⁴⁹⁵. »

Par ailleurs, il faut se rendre compte qu'il peut être difficile d'évaluer une option et le titre qu'elle permet d'acheter avant l'exercice de l'option.

En ce qui concerne l'octroi d'options à des personnes autres que des employés, il ne faut pas oublier l'application de l'article 49 L.I.R. Cet article s'applique si les transactions relativement aux options sont de la nature du capital. Les règles en pareil cas peuvent se résumer comme suit :

- l'option donnée par une société d'acquérir des actions ne constitue pas la disposition d'un bien par la société⁴⁹⁶;
- lorsque l'option prend fin sans avoir été exercée, la société est présumée avoir disposé d'un bien en immobilisation pour un produit égal au montant reçu initialement pour l'option. Le PBR est présumé nul. La société peut donc réaliser un gain en capital⁴⁹⁷;
- l'exercice de l'option et l'acquisition de l'action ne sont pas présumés être une disposition de bien. Le détenteur de l'option qui acquiert une action doit ajouter au PBR de l'action le prix payé pour l'option⁴⁹⁸. Pour la société, le prix payé pour l'option et le montant reçu pour l'action constituent le prix total reçu pour l'action.

Sur le sujet, l'ARC indique ceci :

« À moins que tous les détenteurs d'actions ordinaires du capital-actions d'une société ne se voient octroyer le droit d'acquérir des actions supplémentaires du capital-actions, l'octroi d'une option à un actionnaire peut donner lieu à un avantage imposable conformément au paragraphe 15(1). [...] La société doit accorder des droits identiques au même moment à tous les détenteurs d'actions ordinaires en ce qui a trait à chaque action ordinaire qu'ils détiennent, pour que le paragraphe 15(1) ne s'applique pas [...]. »

⁴⁹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0151247, *op. cit.*, note 472.

⁴⁹⁶ Al. 49(1)a) L.I.R.

⁴⁹⁷ Par. 49(2) L.I.R.

⁴⁹⁸ Par. 49(3.01) L.I.R. et al. 53(1)g.1) L.I.R.

En général, le montant d'un avantage selon le paragraphe 15(1) correspond au plus élevé des montants suivants :

- la valeur commerciale des droits attribués;
- l'excédent de la juste valeur marchande des actions visées par l'option au moment de l'octroi de l'option sur le prix de levée prévu pour l'option.

Le montant d'un tel avantage est ajouté aux coûts des droits octroyés conformément au paragraphe 52(1), sauf dans les cas où le montant est autrement ajouté aux coûts ou inclus dans le calcul du prix de base rajusté des droits pour l'actionnaire⁴⁹⁹. »

3.3. LA SOCIÉTÉ DE CAPITAL DE DÉMARRAGE

Les fondateurs de la SCD

Les fondateurs d'une SCD sont ou ne sont pas des administrateurs de celle-ci. Tel qu'il a été discuté ci-dessus, les administrateurs de la SCD sont des employés aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les règles de l'article 7 L.I.R. s'appliquent à eux si les options leur ont été octroyées dans le cadre de leur charge. Rappelons que seuls les administrateurs d'une SCD et certains consultants ainsi que le courtier du PAPE ont droit à des options d'une SCD⁵⁰⁰.

Le statut de la société au moment de l'octroi d'options déterminera en partie le traitement fiscal de l'option accordée à titre d'employé de la SCD. Il sera préférable que l'on ait convenu de les émettre alors que la SCD est une SPCC. Généralement, elle conservera ce statut jusqu'au moment de l'inscription de ses titres à la cote d'une Bourse prescrite⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-96R6, *op. cit.*, note 373, par. 3.

⁵⁰⁰ Pol. 2.4(3.2)o), (6), (7) et 10. Ainsi, après le PAPE et à certaines conditions, dans le cadre d'un placement privé, des options peuvent être émises.

⁵⁰¹ Paragraphe 248(1) « société privée », « société privée contrôlée par des canadiens » et « société publique » L.I.R. qui renvoie aux paragraphes 89(1) ou 125(7) L.I.R.; voir également sur le sujet AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-113R4, *op. cit.*, note 177, par. 14 et l'analyse ci-dessus sur le statut d'une société.

Les administrateurs de la société cible ou de celle qui s'inscrit dans le cadre d'un PAPE

Le traitement fiscal des options octroyées aux administrateurs et employés d'une société cible lors d'une opération admissible par une SCD ou d'une société qui effectue un PAPE dépendra également du statut fiscal de la société émettrice lors de l'octroi et s'ils ont ou non un lien de dépendance avec celle-ci.

Les consultants

Sauf les fondateurs, les conseillers techniques d'une SCD sont les seuls à pouvoir bénéficier d'options d'achat d'actions. Ils sont définis à la Politique 4.4, au chapitre 1.2. Un consultant s'entend, à l'égard de l'émetteur, d'une personne physique ou d'une société d'experts-conseils, autre qu'un employé ou un administrateur de l'émetteur :

- dont les services ont été retenus en vue de fournir de bonne foi à l'émetteur ou à un membre du même groupe que celui-ci des conseils, des services techniques ou de gestion ou autres services continus, à l'exception d'un placement;
- qui fournit des services aux termes d'un contrat écrit conclu avec l'émetteur ou un membre du même groupe que celui-ci;
- qui, de l'avis raisonnable de l'émetteur, consacre ou consacrera beaucoup de temps et d'attention aux affaires et aux activités de l'émetteur ou d'un membre du même groupe que celui-ci;
- dont la relation avec l'émetteur ou un membre du même groupe que celui-ci lui permet d'être bien renseigné au sujet de l'entreprise et des activités de l'émetteur.

Par ailleurs, avant son inscription à la cote de la Bourse de croissance TSX, la société cible n'est pas assujettie à la Politique 2.4 sur les SCD de la Bourse de croissance TSX. Cependant, la société résultante d'une opération admissible est visée par les politiques de Bourse sur les options incitatives pour les employés ainsi que par d'autres politiques dont celles relatives aux

honoraires d'intermédiaire⁵⁰² et commissions ainsi que celles se rapportant à l'entiercement⁵⁰³.

Les options et actions octroyées aux consultants de la société cible d'une SCD ainsi que celles d'une société qui fera son inscription à la cote d'une Bourse dans le cadre d'un PAPE le sont habituellement dans le cadre de leur entreprise⁵⁰⁴. Elles ne peuvent pas bénéficier des avantages des paragraphes 7(1) et 7(1.1) et des alinéas 110(1)d) et d.1) L.I.R. puisque ces personnes n'occupent pas une charge ou un emploi au sein de la SCD. Il s'agira donc de déterminer la valeur de ces options ou actions, compte tenu des services rendus ou à rendre à la SCD avant ou après l'opération admissible et l'inscription à la Bourse de croissance TSX. Tel qu'il a été discuté ci-dessus, ce montant sera généralement considéré comme un revenu d'entreprise découlant des activités du consultant.

⁵⁰² Pol. 5.1.

⁵⁰³ Pol 5.4.

⁵⁰⁴ Par. 9(1) L.I.R.

LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES : ENJEUX CIVILS ET RÉPERCUSSIONS FISCALES



René Roy

Avocat, CA

Fasken Martineau DuMoulin s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

1.	QUELQUES CONSIDÉRATIONS CIVILES	23:3
1.1.	LES DIVERSES FORMES DE SOCIÉTÉS	23:4
1.1.1.	La société en nom collectif	23:5
1.1.2.	La SEC	23:7
1.1.3.	La société en participation	23:8
1.1.4.	Les nouvelles sociétés en nom collectif à responsabilité limitée	23:9
1.2.	LA PUBLICITÉ LÉGALE	23:10
1.2.1.	Le choix du nom	23:10
1.2.2.	Le contenu de l'obligation d'immatriculation	23:11
1.3.	LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES	23:12
1.3.1.	La conséquence du principe de l'unité patrimoniale selon le <i>Code civil du Bas-Canada</i>	23:14
1.3.2.	L'évolution de la question selon le <i>Code civil du Québec</i>	23:16

2.	LES RÉPERCUSSIONS FISCALES	23:21
2.1.	LA <i>LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU</i>	23:21
2.1.1.	Définition aux fins fiscales.....	23:21
2.1.2.	Les présomptions de l'article 96 L.I.R.....	23:22
2.1.3.	L'impact de la décision <i>Allard</i>	23:27
2.2.	TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES ET TAXE DE VENTE DU QUÉBEC	23:28
2.2.1.	L'article 272.1 de la <i>Loi sur la taxe d'accise</i>	23:28
2.2.2.	Participation dans une société de personnes	23:29
2.3.	LA <i>LOI CONCERNANT LES DROITS SUR LES MUTATIONS</i> <i>IMMOBILIÈRES</i>	23:30
2.3.1.	La décision <i>Allard</i>	23:30
2.3.2.	Exonération en vertu des alinéas 19(1)a) et 19(1)b) L.D.M.I.....	23:31
	CONCLUSION	23:34

INTRODUCTION*

La Cour d'appel rendait, en 1996, un jugement¹ controversé en matière de contrat de sociétés. Il s'agissait de déterminer si la vente de parts sociales d'une société de personnes détenant un immeuble devait être considérée comme une pure formalité de cession de parts sociales n'entraînant pas de transfert de propriété ou si, au contraire, il y avait eu transfert réel, auquel cas, les associés devaient payer les droits de mutation. Deux questions furent soulevées afin de trouver une solution au litige :

« [...] la société civile ou commerciale, autre que la société par actions, possède-t-elle une personnalité juridique propre, distincte de celle des associés, et, dans l'affirmative, peut-elle être propriétaire, par opposition à simple possesseur, d'un patrimoine propre et distinct de celui des associés²? »

L'objet du présent texte est de brosser un tableau des principales caractéristiques des sociétés de personnes en droit québécois sur le plan des formalités de constitution, de publicité légale, puis, de se questionner sur la nature juridique de la société de personnes par rapport aux membres qui la composent ainsi que la qualification juridique de son patrimoine. Dans un deuxième temps, nous nous attarderons sur certains aspects fiscaux qui concernent les sociétés de personnes, principalement ceux qui découlent des considérations civiles analysées en premier lieu.

1. QUELQUES CONSIDÉRATIONS CIVILES

La société de personnes en tant qu'institution juridique repose sur une entente de collaboration entre des personnes physiques ou morales, d'où son caractère contractuel. Le contrat de société ne peut intervenir qu'entre deux personnes ou plus, puisque, par essence, une relation contractuelle suppose l'existence de deux contractants ou plus³.

* L'auteur tient à remercier M^{me} Julie McCann, étudiante en droit chez Fasken Martineau DuMoulin, pour sa précieuse collaboration à la rédaction de ce texte.

¹ *Québec (Ville de) c. Cie d'immeubles Allard ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.) (ci-après « *Allard* »).

² *Id.*, 1571.

³ Notons toutefois que la continuation de la société est possible lorsque toutes les parts sociales se retrouvent entre les mains d'un seul associé à cause du retrait des autres associés. L'associé qui reste aura alors 120 jours afin de trouver de nouveaux associés (*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 2232).

« 2186. Le contrat de société est celui par lequel les parties conviennent, dans un esprit de collaboration, d'exercer une activité, incluant celle d'exploiter une entreprise, d'y contribuer par la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activités et de partager entre elles les bénéfices pécuniaires qui en résultent [...]»⁴.

Comme en témoigne cet article du *Code civil du Québec*, la naissance d'une société de personnes n'est assujettie à aucune autre condition que celle de la rencontre de volontés (expresse ou implicite) en vue de la réalisation d'un objectif commun (*affectio societatis*). Contrairement au processus d'incorporation qui s'impose aux sociétés par actions (ou aux compagnies), le contrat de société, qui se veut consensuel, fait foi de l'existence de la société de personnes. Par conséquent, en dépit des formalités d'immatriculation imposées à certaines formes de sociétés, la date de formation de la société coïncidera avec la date de formation du contrat de société⁵, et non avec celle de l'immatriculation.

Les caractéristiques fondamentales des sociétés de personnes sont donc : l'intention de s'associer de deux ou plusieurs personnes, la mise en commun d'apports, la participation aux bénéfices et l'exercice d'une activité incluant l'exploitation d'une entreprise⁶.

1.1. LES DIVERSES FORMES DE SOCIÉTÉS

La mise sur pied d'une société de personnes est beaucoup moins onéreuse que celle d'une compagnie ou d'une société par actions (ci-après « SPA »). En effet, au point de vue de l'existence stricte, la mise en commun d'apports (en numéraires ou autres) jointe à une intention commune de collaborer à la réalisation d'une entreprise commune suffisent à en consacrer l'existence. Toutefois, la société qui désire « faire affaire » au Québec devra respecter certaines formalités qui échoient aussi aux compagnies et aux sociétés par actions. Il s'agit des formalités de publicité légale qui se traduisent par une déclaration initiale, des déclarations annuelles, puis, au besoin, par des déclarations modificatives.

⁴ Art. 2186 C.c.Q.

⁵ Art. 2187 C.c.Q.

⁶ La définition d'« exploitation d'une entreprise » se retrouve à l'article 1525, alinéa 3 C.c.Q. : « Constitue l'exploitation d'une entreprise l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services. »

« 2189. La société en nom collectif ou en commandite est formée sous un nom commun aux associés.

Elle est tenue de se déclarer, de la manière prescrite par les lois relatives à la publicité légale des sociétés; à défaut, elle est réputée être une société en participation, sous réserve des droits des tiers de bonne foi⁷. »

1.1.1. La société en nom collectif

La société en nom collectif (ci-après « SENC ») est le véhicule le plus répandu en matière de sociétés de personnes. Elle est la société « ordinaire de droit commun du *Code civil* »⁸. Reposant sur une entente de collaboration entre deux ou plusieurs personnes (physiques ou morales) qui conviennent de mettre en commun leurs apports respectifs et de partager les bénéfices en découlant, les droits et obligations incombant aux associés sont prévus au *Code civil du Québec*.

Notons tout d'abord que le principe voulant que chaque associé soit débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter⁹ doit être lu en corollaire avec le droit de chaque associé de partager les bénéfices, malgré toute stipulation contraire¹⁰, en parts égales, ou selon une proportion autre, déterminée dans le contrat de société¹¹. L'associé agit en tant que mandataire de la société¹² et, à défaut de stipulation contraire, les associés sont réputés s'être donné réciproquement le pouvoir de gérer les affaires de la société¹³ et d'obliger les autres associés par tout acte concernant les activités communes¹⁴. De plus, l'associé doit éviter de se placer en situation de conflit entre ses intérêts et ceux de la société et ne peut lui faire concurrence¹⁵. Enfin, toute nouvelle personne qui acquiert des parts dans la société sera soumise au droit de regard des autres associés qui pourront

⁷ Art. 2189 C.c.Q.

⁸ Collection de droit 2003-2004, *Droit des affaires, faillites et insolvabilité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 37.

⁹ Art. 2198, al. 1 C.c.Q.

¹⁰ Art. 2203 C.c.Q.

¹¹ Art. 2202, al. 1 C.c.Q.

¹² Art. 2219, al. 1 C.c.Q.

¹³ Art. 2215, al. 1 C.c.Q.

¹⁴ Art. 2215, al. 2 C.c.Q.

¹⁵ Art. 2204 C.c.Q.

s'opposer à son arrivée en lui remboursant le prix payé dans l'année qui suit l'acquisition de la part¹⁶.

Le principe de la participation aux bénéfices implique en contrepartie celui du partage des dettes sociales. À cet effet, l'associé d'une SENC ne peut, à l'égard des tiers, se dégager de sa responsabilité quant aux pertes incombant à la société¹⁷. Toutefois, une telle exemption serait valable à l'égard des associés entre eux. Lorsque la société a pour principal objet l'exploitation d'une entreprise, la responsabilité des associés vis-à-vis des tiers sera solidaire¹⁸ alors qu'elle sera conjointe dans les autres cas, sous réserve d'une clause ou d'une présomption de solidarité.

L'associé qui cède sa part sociale ou qui quitte la société devra s'assurer de régulariser la déclaration d'immatriculation et d'y faire rayer son nom, à défaut de quoi, sa responsabilité pourra être engagée à l'égard des tiers¹⁹. Une déclaration modificative remplit dès le retrait de l'associé de la société rendra son départ opposable aux tiers et marquera la fin de sa responsabilité quant aux dettes sociales²⁰.

Les créanciers désirant poursuivre le paiement d'une créance qu'ils ont contre la société ne pourront le faire contre un associé qu'après avoir préalablement discuté des biens de la société²¹. Il s'agit du principe de la responsabilité résiduaire des associés qui bénéficient du privilège de discussion des biens de la société avant que leurs patrimoines personnels ne soient affectés au paiement des dettes sociales.

Ce bref tableau, bien que non exhaustif, nous permet de mieux cerner les caractéristiques de la SENC. Passons maintenant aux principaux aspects qui distinguent la société en commandite (ci-après « SEC ») de la SENC.

¹⁶ Art. 2209, al. 2 C.c.Q.

¹⁷ Art. 2203, al. 2 C.c.Q.

¹⁸ Art. 2221, al. 1 et art. 1525 C.c.Q.

¹⁹ Art. 2195 C.c.Q. et art. 62 de la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, L.R.Q., c. P-45 (ci-après « L.p.l. »).

²⁰ Art. 2196 C.c.Q.

²¹ Art. 2221, al. 2 C.c.Q.

1.1.2. La SEC

La distinction fondamentale entre la SEC et la SENC concerne les caractéristiques des membres qui les composent. En effet, la SEC se compose d'associés ayant le statut de commandités et d'autres ayant le statut de commanditaires.

« 2236. La société en commandite est constituée entre un ou plusieurs commandités, qui sont seuls autorisés à administrer la société et à l'obliger, et un ou plusieurs commanditaires qui sont tenus de fournir un apport au fonds commun de la société²². »

1.1.2.1. Les commanditaires

Le rôle des commanditaires dans la SEC se situe surtout sur le plan de l'apport au fonds commun de la société. Leurs pouvoirs quant à la gestion des affaires internes de la société sont limités à donner des avis de nature consultative²³ et à poser des gestes de simple administration lorsque les commandités sont empêchés d'agir²⁴. En revanche, en cas d'insuffisance des biens de la société pour remplir ses obligations envers les tiers, chaque commanditaire ne sera responsable des dettes sociales qu'à concurrence de l'apport convenu²⁵; il ne pourra réclamer sa part dans le capital social que lorsque les autres créanciers auront été satisfaits²⁶.

Afin que la règle relative à la responsabilité des dettes jusqu'à concurrence du montant de l'apport convenu soit respectée, le *Code civil du Québec* a édicté en règle d'ordre public le fait que toute clause contenue dans le contrat de société obligeant le commanditaire à cautionner ou à assumer les dettes de la société au-delà de l'apport convenu était sans effet²⁷. Toutefois et à titre exceptionnel, le commanditaire pourrait être contraint à participer aux dettes de la société au même titre qu'un commandité :

²² Art. 2236 C.c.Q.

²³ Art. 2244, al. 1 C.c.Q.

²⁴ Art. 2245, al. 1 C.c.Q.

²⁵ Art. 2246, al. 1 C.c.Q.

²⁶ Art. 2248 C.c.Q.

²⁷ Art. 2246 C.c.Q.

- si son nom apparaît dans la dénomination sociale de la société sans qu'y soit expressément indiquée sa qualité de simple commanditaire²⁸;
- s'il s'est immiscé dans la gestion de la société en accomplissant des actes au nom de celle-ci²⁹.

1.1.2.2. Les commandités

Les commandités, pour leur part, assument davantage un rôle de gestion des affaires internes de la société, à la manière des associés de la SENC, mais ils sont de plus tenus de rendre compte de leur administration aux commanditaires³⁰. Ils ont le pouvoir d'administrer les affaires de la société et d'obliger la société (droit qui est nié aux commanditaires)³¹. Ils ont, envers les commanditaires, les mêmes obligations que celui chargé de la pleine administration du bien d'autrui³².

La responsabilité des commandités envers les tiers est en tout point semblable à celle des associés de la SENC³³ (voir la section 1.1.1.). Ainsi, lorsque la SEC aura pour principal objet l'exploitation d'une entreprise, la responsabilité des commandités vis-à-vis des tiers sera solidaire, mais ils bénéficieront également du principe de la responsabilité subsidiaire, qui permet d'exiger la discussion des biens de la société avant d'être personnellement tenus aux dettes sociales.

1.1.3. La société en participation

Catégorie résiduaire, la société en participation regroupe les types de sociétés qui, bien que remplissant les critères de formation de la société de personnes (intention de s'associer, mise en commun d'apports, poursuite d'un objectif commun), ne remplissent pas les obligations relatives à la publicité légale. Il peut s'agir d'une SENC ou d'une SEC à laquelle s'applique la présomption réputée³⁴ lorsqu'elle est en défaut de se déclarer,

²⁸ Art. 2247 C.c.Q.

²⁹ Art. 2244, al. 2 C.c.Q.

³⁰ Art. 2238, al. 1 C.c.Q.

³¹ Art. 2236 C.c.Q.

³² Art. 2238, al. 1 C.c.Q.

³³ Art. 2246, al. 1 C.c.Q.

³⁴ Art. 2189, al. 2 C.c.Q.

ou encore d'une forme d'association pour laquelle on a tout simplement préféré ne pas recourir à la publicité formelle. On réfère parfois aussi à cette dernière forme comme étant une société tacite ou encore une société occulte.

À défaut de convention à l'effet contraire, les rapports des associés entre eux sont réglés par les dispositions régissant les rapports des associés en nom collectif³⁵.

L'élément distinctif de ce type de société concerne le rapport des associés avec les tiers. En effet, à l'égard des tiers, chaque associé contracte en son nom personnel et est seul obligé de l'exécution des obligations ainsi contractées³⁶, à moins que le tiers ait connaissance du fait que l'associé agit en sa qualité d'associé, auquel cas, les autres associés peuvent aussi être tenus aux obligations ainsi contractées³⁷. De plus, en dehors des obligations contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise, il n'y a pas solidarité des associés pour les dettes contractées dans l'exercice de leurs activités³⁸. Dans ces situations, chaque associé est tenu responsable en part égale des dettes contractées, et ce, peu importe sa part réelle dans la société³⁹.

1.1.4. Les nouvelles sociétés en nom collectif à responsabilité limitée

Le *Code des professions*⁴⁰ a reconnu le droit aux professionnels d'exercer leurs activités au sein de sociétés en nom collectif à responsabilité limitée (ci-après « SENCRL »). Alors que le principe régissant les sociétés, comme nous l'avons déjà indiqué, montre qu'à l'égard des tiers les associés sont solidairement responsables des dettes sociales, il est maintenant possible pour les professionnels d'exercer leur profession à l'intérieur de sociétés dites à « responsabilité limitée ». Cette limitation de responsabilité vise les obligations qui pourraient incomber à tous les associés par suite d'une faute professionnelle d'un des associés. En ce qui a trait aux autres obligations contractées dans le cadre des activités de la société (par exemple, le loyer, les

³⁵ Art. 2251, al. 2 C.c.Q.

³⁶ Art. 2253, al. 1 C.c.Q.

³⁷ Art. 2253, al. 2 C.c.Q.

³⁸ Art. 2254 C.c.Q.

³⁹ Art. 2254 C.c.Q.

⁴⁰ L.R.Q., c. C-26.

salaires des employés de soutien, etc.), la responsabilité personnelle subsidiaire des associés demeure la même que dans le cadre de la SENC.

1.2. LA PUBLICITÉ LÉGALE

L'obligation d'immatriculation telle que prévue à la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales* qui vise tant les sociétés en commandite que les sociétés en nom collectif sera respectée lorsque la société assujettie aura rempli une déclaration d'immatriculation. La société en participation constituée au Québec a aussi la possibilité de s'immatriculer de façon volontaire, mais il ne s'agit pas d'une obligation.

1.2.1. Le choix du nom

La SENC ou la SEC doit être dotée d'un nom commun aux associés⁴¹. Le choix d'un nom est en principe discrétionnaire, bien qu'il doive respecter certaines exigences qui se retrouvent à l'article 13 L.p.l. À titre d'exemple, ces exigences concernent l'originalité du nom qui doit être nouveau et qui ne doit pas prêter à confusion avec un nom déjà utilisé par une autre personne ou société. Le choix du nom doit aussi être fait en conformité avec la *Charte de la langue française*⁴², qui prévoit que l'utilisation du français dans le nom doit être faite de façon au moins aussi évidente que toute autre langue utilisée⁴³.

Notons enfin que les sociétés doivent, à la fin de leur nom, indiquer la forme juridique sous laquelle elles sont constituées, de façon à informer les tiers et à protéger leurs droits. Elles peuvent le faire soit en utilisant dans leur nom, selon le cas, les mots « société en nom collectif », « société en nom collectif à responsabilité limitée » ou « société en commandite », soit en utilisant à la fin de leur nom le sigle « SENC », « SENCRL » ou « SEC », et ce, dans tout acte conclu par la société, à défaut de quoi les associés pourront être tenus responsables comme s'ils étaient associés d'une société en participation.

⁴¹ Art. 2189, al. 1 C.c.Q.

⁴² L.R.Q., c. C-11 (ci-après « *Charte* »).

⁴³ Art. 79 de la *Charte*.

1.2.2. Le contenu de l'obligation d'immatriculation

La *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales* prévoit les modalités d'immatriculation et les critères d'assujettissement à l'obligation d'immatriculation :

« 2. Est assujettie à l'obligation d'immatriculation :

[...]

2° la société en nom collectif ou la société en commandite qui est constituée au Québec;

3° la société qui n'est pas constituée au Québec, si elle y exerce une activité, incluant l'exploitation d'une entreprise, ou y possède un droit réel immobilier autre qu'une priorité ou une hypothèque⁴⁴. »

L'immatriculation s'opère par le dépôt en double exemplaire d'une déclaration d'immatriculation au Registraire des entreprises, au plus tard 60 jours après la date de formation de la société assujettie⁴⁵. Certaines informations relatives à l'identité des associés, au nom et au siège social de la société ainsi qu'à ses principales activités devront y figurer, conformément au formulaire d'immatriculation.

Chaque année, la société sera tenue de produire une déclaration annuelle afin de confirmer les informations contenues au registre au risque d'être radiée si elle fait défaut de la produire durant deux années consécutives⁴⁶.

Par la suite, toute modification relative à l'identité des associés de la société, à ses activités ou au siège social devra faire l'objet d'une déclaration modificative afin que ces modifications soient opposables aux tiers⁴⁷. Enfin, la fin de la société devra être constatée dans un avis de dissolution, déposé au Registraire des entreprises, afin que la dissolution soit opposable aux tiers de bonne foi⁴⁸ et mette ainsi fin à la responsabilité des associés pour les dettes sociales.

⁴⁴ Art. 2 L.p.l.

⁴⁵ Art. 8, al. 1; art. 9, al. 1 et par. 17(2) L.p.l.

⁴⁶ Art. 50 L.p.l.

⁴⁷ Art. 2194 à 2196 C.c.Q. et art. 33, 34 et 41 L.p.l.

⁴⁸ Art. 43 L.p.l.

Deux types de sanction existent en cas de manquement par une société à son obligation d'immatriculation, la première à caractère civil et la seconde à caractère pénal. La sanction civile est prévue à l'article 2189, alinéa 2 C.c.Q. qui édicte que la société qui omet de se déclarer ou qui produit une déclaration irrégulière est réputée être une société en participation, avec les conséquences que cela comporte. Du point de vue pénal, la société qui soit omet de se déclarer, soit omet de faire une déclaration modificative ou annuelle, soit présente une déclaration fausse, incomplète ou trompeuse, est passible d'une amende d'au moins 200 \$ et d'au plus 2 000 \$. En cas de récidive, les amendes sont doublées. De plus, l'administrateur qui a participé à la commission de cette infraction encourt la même peine⁴⁹.

Ce survol des principales formes de sociétés de personnes ainsi que des formalités de publicité auxquelles elles doivent se conformer nous amène maintenant à discuter de la délicate question du patrimoine de la société, qui renvoie à la controversée question de savoir : la société de personnes est-elle une personne morale et sinon, est-elle titulaire d'un patrimoine?

1.3. LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES

Sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada*, les tribunaux eurent à se pencher très tôt sur la nature juridique de la société civile (surtout sur celle de la société commerciale) afin de déterminer les droits et obligations des associés entre eux et leur responsabilité vis-à-vis des tiers.

Deux principales théories coexistaient afin d'expliquer l'attribution de la personnalité juridique à des entités qui n'étaient pas des êtres humains : la théorie de la fiction et la théorie de la réalité.

a) La théorie de la fiction

Le recours à la notion de personne morale pour caractériser une entité ayant une existence distincte des personnes physiques qui la constituent a d'abord été consacré par le législateur lui-même⁵⁰. Cette théorie est aussi

⁴⁹ Art. 101 à 109 L.p.l.

⁵⁰ Art. 352 C.c.B.-C. : « Toute corporation légalement constituée forme une personne fictive ou morale [...] et qui est capable de certains droits et sujette à certaines obligations. » Charlaïne BOUCHARD, *La personnalité morale démystifiée; étude de droit comparé franco-qubécois sur les notions de personnalité morale et de patrimoine d'affectation*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1997, p. 131 : « La personnalité morale peut donc être définie comme la *technique juridique employée par* (à suivre...) »

appelée « approche légaliste » en ce qu'elle ne reconnaît la personnalité juridique qu'aux entités auxquelles le législateur l'attribue explicitement. Selon cette approche, la société civile ne pouvait (selon le *Code civil du Bas-Canada*) être considérée comme une personne morale puisque le législateur ne la classait pas au titre des personnes, mais la qualifiait plutôt de contrat⁵¹.

b) La théorie de la réalité

Les tenants de l'assimilation de la société de personnes à une personne morale optèrent pour une approche qui considérerait objectivement ses diverses caractéristiques. En mettant en parallèle les attributs de la société de personnes avec ceux de la personne morale, on constatait que la société de personnes jouissait d'une personnalité juridique restreinte⁵².

c) La tendance majoritaire

Puisque pendant plus d'un siècle la tendance jurisprudentielle fut de reconnaître la personnalité morale aux sociétés de personnes⁵³, force est de constater que la théorie de la réalité a permis la justification de ce constat. Cette reconnaissance fut toutefois hésitante puisqu'elle s'inscrivait dans une tentative de conciliation entre la réalité juridique de la société de personnes et la conception de l'unité patrimoniale (qui prévalait selon le *Code civil du Bas-Canada*).

Une incertitude est cependant écartée : le *Code civil du Québec* consacre la théorie de la fiction. En effet, en limitant la reconnaissance de la personnalité juridique⁵⁴ aux « personnes morales créées en suivant les formalités énoncées dans une loi d'application générale [ou] créées directement par la loi »⁵⁵ et en spécifiant que la SPA est une personne

(...suite)

le législateur pour désigner la qualité de sujet de droit des entités autres que les personnes physiques. »

⁵¹ Art. 1830 et suiv. C.c.B.-C.

⁵² Restreinte parce que, contrairement à la personne morale (ou société), la société de personnes ne pouvait ester en justice.

⁵³ Allard, précité, note 1, 1073.

⁵⁴ Art. 298 C.c.Q.

⁵⁵ Paul MARTEL, *La réforme du Code civil; personnes, successions, biens*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 192.

morale⁵⁶, le législateur s'arroge le pouvoir de déterminer quelles entités auront la personnalité juridique. Il consacre donc l'approche légaliste et écarte la théorie de la réalité⁵⁷.

1.3.1. La conséquence du principe de l'unité patrimoniale selon le *Code civil du Bas-Canada*

À l'exception de certains types de divisions de patrimoine reconnus⁵⁸, le *Code civil du Bas-Canada* consacrait le principe de l'unité patrimoniale, qui impliquait que le patrimoine était indivisible et nécessairement relié à une personne⁵⁹. Ce principe explique donc la création de la fiction juridique que constitue la personne morale. Ainsi, la prétention que tout patrimoine a nécessairement un titulaire, jointe à la conception unitaire du patrimoine, a amené les tribunaux à reconnaître la personnalité morale aux sociétés de personnes⁶⁰.

Toutefois, malgré une certaine reconnaissance de la personnalité juridique aux sociétés de personnes,

« [l]a jurisprudence en matière de personnalité morale, bien qu'existante, n'en [était] pas moins hésitante dans ses prises de position. [...] Bien que la tendance majoritaire fut de reconnaître la personnalité morale aux sociétés, cette reconnaissance s'effectuait généralement de façon incidente et avec peu de justification [...] »⁶¹.

La décision *Allard* est venue s'inscrire à contre-courant⁶² de l'état du droit qui prévalait à cette époque sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada*. Pour la première fois, le tribunal analysait en profondeur le statut

⁵⁶ Art. 2188 C.c.Q.

⁵⁷ Voir en ce sens *Lévesque c. Mutuelle-vie des fonctionnaires*, [1996] R.J.Q. 1701, 1704 (C.S.) (ci-après « *Lévesque* »).

⁵⁸ Par exemple, la fiducie, art. 981a) et suiv. C.c.B.-C.

⁵⁹ Art. 399 et 1980 C.c.B.-C.

⁶⁰ Nabil ANTAKI et Charlaïne BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise; entrepreneurs et sociétés de personnes*, t. I, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 355.

⁶¹ C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 50, p. 145.

⁶² *Allard*, précité, note 1, 1573 : « Au Québec, la tendance majoritaire, tant en doctrine qu'en jurisprudence, fut jusqu'ici de reconnaître à la société un patrimoine distinct et la personnalité morale [...] »

juridique de la société de personnes en mettant en relief divers arguments historiques et juridiques.

1.3.1.1. Les motifs

Tout d'abord, en s'inspirant de l'article 352 C.c.B.-C., le juge déduit ceci : « Les êtres humains et les corporations sont [...] les deux seuls types de personnes considérées par le livre du code qui [traite des personnes]⁶³. » Ensuite, à la lecture de l'article 399 C.c.B.-C., le juge déduit que puisqu'elle n'y est pas expressément mentionnée comme étant capable d'être propriétaire de biens, la société de personnes doit en être exclue⁶⁴. En appliquant le principe de l'unité patrimoniale⁶⁵ à la société de personnes et en consacrant la théorie de la fiction^{66, 67}, le juge conclut que la société de personnes n'a pas la personnalité juridique, qu'elle n'est pas un sujet de droit et qu'elle ne peut être titulaire d'un patrimoine. Enfin, l'impossibilité pour la société d'ester en justice sous son nom en demande et la responsabilité personnelle des associés pour les dettes de la société viennent appuyer la thèse de l'absence de personnalité des sociétés⁶⁸.

1.3.1.2. La critique

En refusant la reconnaissance du patrimoine autonome, propriété de la société, le juge conclut à une copropriété indivise des biens mis à la disposition de la société. Or, une distinction entre les deux institutions aurait peut-être mené à une conclusion différente. Contrairement au cas de l'indivision, où il y a un **copropriété**, la société implique :

« l'apport d'un bien [et] comporte une mutation. Les associés sont donc débiteurs de ce qu'ils ont promis d'y apporter, et, une fois les biens transférés, ils se doivent des garanties [...] L'apport en société a donc un caractère transformateur de droit qui n'existe pas en indivision »⁶⁹.

⁶³ Allard, précité, note 1, 1576.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ Ce principe exige que tout droit ait un sujet.

⁶⁶ Art. 399 C.c.B.-C. et 60 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25.

⁶⁷ Allard, précité, note 1, 1579

⁶⁸ *Id.*, 1581.

⁶⁹ Lucie LAFLAMME et Charline BOUCHARD, « La dérive de l'indivision vers la société : quand l'indivision se conjugue avec la société », (2000), 30 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, p. 325.

Il semble donc que le juge majoritaire ait négligé de considérer que les biens que les associés apportent à la société sont translatifs de propriété⁷⁰. Puisque cette décision a été rendue sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada* mais après l'adoption du nouveau *Code civil*, le juge aurait sans doute pu s'inspirer des concepts d'*affectio societatis* et d'indivision du Québec afin de les distinguer. D'autre part, puisqu'il y a transfert de propriété du patrimoine de l'associé à un patrimoine autre⁷¹, et que le *Code civil du Bas-Canada* exige que tout droit ait un sujet, la seule manière de concilier ces positions irréconciliables était d'appliquer la théorie de la réalité et de considérer la société comme titulaire du patrimoine mis à sa disposition.

1.3.2. L'évolution de la question selon le *Code civil du Québec*

L'adoption du *Code civil du Québec* aurait pu clore le débat sur la personnalité juridique de la société de personnes, mais tel n'en fut pas le cas. À la lumière des travaux qui ont précédé son adoption, il est intéressant de noter que le législateur a hésité quant à la position qu'il allait finalement adopter. Il consacra donc la théorie de la fiction et accepta d'accroître les attributs de la société de personnes sans toutefois lui reconnaître la personnalité juridique. La responsabilité personnelle subsidiaire des associés quant aux dettes de la société subsiste, ce qui la distingue des personnes morales⁷² proprement dites.

1.3.2.1. Les attributs juridiques

a) Le statut juridique de la société

Le *Code civil du Québec* ne reconnaît pas la personnalité morale aux sociétés. Toutefois, la société possède certains attributs juridiques non négligeables. On lui reconnaît le droit d'ester en justice sous son nom⁷³ tant

⁷⁰ À cet effet, citons entre autres l'article 1893 C.c.B.-C., qui stipule ce qui suit : « Lorsqu'un associé a promis d'apporter à la société la propriété d'une chose [...] Mais la société n'est pas dissoute par la perte de la chose dont la propriété a déjà été mise dans la société [...]. » (Notre soulignement)

⁷¹ Si nous refusons la thèse qu'il s'agit d'une copropriété indivise.

⁷² Sauf en cas de fraude, voir les articles 316 et 317 C.c.Q. pour les conditions de la levée du voile corporatif.

⁷³ Art. 2225 C.c.Q.

en demande qu'en défense. L'article 2199 C.c.Q. est express à savoir que l'apport est translatif de propriété. En ce qui a trait aux autres éléments intéressants, notons que les associés jouissent du droit de discussion des biens de la société⁷⁴ et que la continuité de la société est favorisée par les articles 2226 à 2229⁷⁵.

À la lumière des articles du *Code civil du Québec*, il semble que l'on puisse faire certains rapprochements qui, selon la théorie de la réalité⁷⁶, militeraient très fortement en faveur de la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés de personnes; il suffit que l'on pense au nom⁷⁷, au domicile⁷⁸, à la capacité d'estimer en justice⁷⁹, au patrimoine⁸⁰, à sa durée indéterminée⁸¹, à la liquidation⁸², à la nécessité de représentation⁸³ et à son existence distincte par rapport aux personnes physiques⁸⁴. La société se distingue cependant de la personne morale « notamment parce que les associés demeurent personnellement responsables des dettes sociales; par ailleurs, la personnalité morale [...] ne lui a pas expressément été conférée »⁸⁵. C'est pourquoi on pourrait parler de personnalité juridique incomplète.

À la lueur de la décision *Allard* et des nouveautés législatives apportées par le *Code civil du Québec*, on peut maintenant affirmer que la société de personnes n'est pas une personne morale bien qu'elle en possède les

⁷⁴ Art. 2221 C.c.Q.

⁷⁵ Charlaïne BOUCHARD, « La société de personnes : une entité en quête d'identité », (2003), 105 *Revue du Notariat* 591, p. 623.

⁷⁶ Laquelle, comme nous l'avons souligné plus haut, est maintenant écartée selon le *Code civil du Québec*.

⁷⁷ Art. 305 et 2189 C.c.Q.

⁷⁸ Art. 207 et 2190 C.c.Q. et art. 10 L.p.l.

⁷⁹ Art. 303 et 2225 C.c.Q.

⁸⁰ Art. 302 et 2199 C.c.Q.

⁸¹ Art. 314, art. 2228, al. 1; art. 2231 et 2232 C.c.Q.

⁸² Art. 2235 C.c.Q.

⁸³ Art. 311 et 2213 à 2215 C.c.Q.

⁸⁴ Art. 309, 2205, 2220 et suiv. C.c.Q.

⁸⁵ *Lévesque*, précité, note 57, 1705.

principaux attributs⁸⁶. Toutefois, la question de savoir quelle est la nature des biens mis à la disposition de la société demeure en suspend.

b) La responsabilité des associés

Puisqu'en vertu du droit commun, ce qui caractérise la personne (qu'elle soit morale ou physique) est qu'elle est seule responsable d'acquitter ses obligations à même son patrimoine qui constitue le gage commun de ses créanciers⁸⁷, le fait que les associés puissent être tenus responsables des dettes sociales vient nier la personnalité morale à la société de personnes. Toutefois, la responsabilité subsidiaire des associés, qui constitue la grande distinction entre les personnes morales et la société, doit être mitigée en tenant compte du fait qu'en pratique, les créanciers de la personne morale exigeront de ses dirigeants qu'ils se portent garants des dettes de celle-ci; nous obtiendrons donc le même effet.

c) Le statut des associés

Le *Code civil du Québec* distingue les biens des associés de ceux de la société⁸⁸ en ce que les créanciers des associés ne pourront satisfaire leurs créances à même les biens transférés à la société⁸⁹. En effet, étant titulaire d'une part sociale, d'un droit personnel contre la société, l'associé perd son droit de propriété sur les biens qu'il y apporte. Les associés bénéficient même d'un bénéfice de discussion des biens de la société et leurs créanciers personnels seront préférés à ceux de la société⁹⁰. Enfin, il y a lieu de distinguer la société de la copropriété indivise en ce qu'on reconnaît des droits extra-patrimoniaux à la société (droit d'ester en justice, droit au nom, au domicile) alors que les droits extra-patrimoniaux reliés à l'indivision ne

⁸⁶ *Lévesque*, précité, note 57; *Corporation des maîtres électriciens du Québec c. Clément Jodoin Électricité inc.*, C.S. Joliette, n° 705-05-001282-964, 10 février 2000, j. Croteau, 27 pages; *Caisse populaire Laurier c. 2959-6673 Québec inc. et autres*, C.S. Québec, n° 200-05-004938-960 (ci-après « *Caisse populaire Laurier* »).

⁸⁷ Art. 2644 et 2645 C.c.Q.

⁸⁸ C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 50, pp. 247-248 : « Les apports effectués sont translatifs de propriété; ils deviennent ainsi la propriété “ collective ” des associés; aucun associé ne pourra donc prétendre *individuellement* à la propriété des biens apportés. Le lien entre l'associé et les biens n'est donc pas aussi *direct* que le laissent entendre les juges. »

⁸⁹ L'article 2645 C.c.Q. reconnaît expressément le droit de diviser son patrimoine et limite le droit des créanciers d'être payés sur ces biens.

⁹⁰ Art. 2221, al. 2 C.c.Q.

seront reliés qu'aux indivisaires et ne pourront être exercés que par ceux-ci, en leur nom personnel.

d) La qualification du patrimoine social

La question du statut du patrimoine social a été débattue⁹¹ à la suite de la décision *Allard*, sans permettre toutefois de déterminer clairement comment le législateur entendait le considérer au lendemain de la réforme du *Code civil du Québec*. Comme nous l'avons mentionné plus haut, la décision *Allard* ne distinguait pas l'entité que constitue la société de personnes des biens qui sont mis à sa disposition, tendance que certains jugements subséquents ont suivie.

À la lumière du droit nouveau, les biens de la société se distinguent du patrimoine des associés qui composent cette dernière. À titre d'exemple, le *Code civil du Québec* réfute l'argument du juge Brossard à savoir que les associés sont copropriétaires indivis des biens de la société puisque l'article 1015 C.c.Q. stipule ceci : « [...] Chacun des indivisaires a, relativement à sa part, [...] les droits et obligations d'un propriétaire exclusif [...]. » En effet, puisqu'il y a transfert de propriété, la société est propriétaire des biens apportés⁹². D'autre part, dans le cas de l'indivision, le bien indivis doit nécessairement être meuble ou immeuble (les modalités de propriété portent sur des biens), tandis que l'apport à la société pourra être en connaissances; dans le cas où les associés feraient défaut de fournir l'apport en connaissances, la société serait créancière de l'obligation. Ainsi, puisque « [...] le véritable sens du terme "patrimoine" [...] [est] celui d'un ensemble de biens et d'obligations unis entre eux par une destination commune et appartenant à une même personne [...] »⁹³, il est possible de conclure à la possession d'un certain patrimoine par la société.

1.3.2.2. Les conceptions patrimoniales

Bien que la conception unitaire du patrimoine prévalait sous l'ancien code, le *Code civil du Québec* reconnaît explicitement la possibilité de

⁹¹ *SMRQ c. Paul*, [1997] R.D.F.Q. 175 (C.S.); *Duval Hesler c. Lalande*, C.Q. Montréal, n° 500-05-005017-954, 9 octobre 1996, j. Boissonneault, 9 pages; *Côté c. Ouellet*, C.S. Chicoutimi, n° 150-05-000131-930, 15 juin 1995, j. Gervais, 11 pages; *Caisse populaire Laurier*, précité, note 86.

⁹² Art. 2199 C.c.Q.

⁹³ C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 50, p. 175.

diviser son patrimoine⁹⁴. Nous pouvons donc d'emblée rouvrir le débat sur le patrimoine de la société à la lumière des concepts de division de patrimoine et de patrimoine d'affectation. La possibilité de diviser son patrimoine permet maintenant aux personnes d'affecter certains de leurs biens à des fins particulières. À condition que cette division ne préjudicie pas aux droits des tiers et qu'elle soit faite dans la mesure prévue par la loi⁹⁵, elle sera reconnue.

a) Le patrimoine d'affectation

En vertu de la doctrine, les deux conditions d'existence de l'affectation sont 1) l'usage d'un bien dans un but fixé (ou l'exercice d'une activité) et 2) la protection de l'affectation (à travers une reconnaissance législative)⁹⁶. Puisque le contrat de société implique nécessairement l'exercice d'une activité commune⁹⁷, la première condition est satisfaite. En ce qui a trait à la reconnaissance législative, le fait que l'apport soit translatif de propriété est consacré par l'article 2199, al. 1 C.c.Q. On pourrait ajouter que le *Code civil du Québec* reconnaît maintenant l'existence des patrimoines d'affectation comme la fondation et la fiducie, et que cette reconnaissance n'est pas limitative⁹⁸. Puisque la société est titulaire des biens que les associés mettent à sa disposition⁹⁹, il est plausible de considérer la société comme un patrimoine d'affectation, avec cette particularité que les personnes qui la composent sont des cautions légales des obligations qu'elle contracte¹⁰⁰.

Il est intéressant de noter qu'en Europe, plusieurs pays reconnaissent la personnalité morale aux sociétés de personnes. Ils subordonnent parfois l'octroi de cette personnalité à une certaine forme de publicité¹⁰¹. Quant à savoir si cela comporte de réels avantages dans la pratique, cela pourrait faire l'objet d'un autre débat. Ici, le législateur a fait son choix en optant pour une

⁹⁴ Art. 2 et 2654 C.c.Q.

⁹⁵ Art. 2, al. 2 C.c.Q.

⁹⁶ Lucie LAFLAMME, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1999, 326 p., pp. 155-156; C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 50, pp. 223 et 251.

⁹⁷ Art. 2186 C.c.Q.

⁹⁸ En effet, le législateur laisse la voie ouverte à d'autres types en intitulant le titre 6 du livre des Biens : « De certains patrimoines d'affectation ».

⁹⁹ L. LAFLAMME, *op. cit.*, note 96, p. 87.

¹⁰⁰ Art. 2221 C.c.Q.

¹⁰¹ À la publication au registre du commerce, en France et en Allemagne, par exemple.

conception légaliste de la personnalité morale et en se réservant la faculté d'identifier quelles entités doivent jouir d'une telle faculté, au détriment des tribunaux. Il faut cependant rappeler que certains auteurs, à la suite de l'examen des dispositions pertinentes, réfutent l'assimilation de la société à une copropriété indivise puisque l'affectation spécifique des biens pour la poursuite d'une activité distingue la société de l'indivision¹⁰².

2. LES RÉPERCUSSIONS FISCALES

Après avoir analysé les règles civiles auxquelles sont assujetties les sociétés de personnes, nous sommes maintenant en mesure de mieux comprendre les règles fiscales applicables à ce véhicule juridique.

2.1. LA LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU

2.1.1. Définition aux fins fiscales

L'expression « société de personnes » n'est pas définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁰³. Dans un tel cas, il faut normalement s'en remettre au droit commun applicable, soit le droit civil pour la province de Québec et la common law pour les autres provinces. Cette position est d'ailleurs confirmée par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») dans le *Bulletin d'interprétation* IT-90¹⁰⁴, et plus particulièrement à son paragraphe 2 qui se lit comme suit :

« 2. En général, une société de personnes est la relation qui existe entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun, dans un but lucratif. Toutefois, la co-propriété d'un ou de plusieurs biens non reliés à une entreprise, (que cette propriété soit conjointe ou en commun dans les provinces de Common Law), ne crée pas une société, et ce, indépendamment de tout arrangement relatif au partager des bénéfices et des pertes. Afin de pouvoir déterminer si un arrangement particulier, à un moment donné, constitue une société, on doit se rapporter à la loi provinciale pertinente, que le ministère du Revenu national considérera comme déterminant en général. »

¹⁰² L. LAFLAMME, *op. cit.*, note 96, p. 85.

¹⁰³ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

¹⁰⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-90, « Qu'est-ce qu'une société? », 9 février 1973.

Cette interprétation a également été confirmée récemment par une décision de la Cour suprême du Canada, *Backman c. Canada*¹⁰⁵, dans laquelle les juges Iacobucci et Bastarache s'exprimaient comme suit :

« L'expression "société de personnes" n'est pas définie dans la Loi. Il s'agit d'une expression juridique venant de la Common Law et de l'equity qui a été codifiée dans diverses lois provinciales et territoriales traitant de ce type de société (qu'on appelle "société en nom collectif" dans ces lois). Sur le plan de l'interprétation législative, on présume que le législateur entendait que, pour l'application de la Loi, l'expression reçoive son sens juridique : N. C. Tobias, *Taxation of Corporations, Partnerships and Trusts* (1999), p. 21. Nous sommes d'avis que le contribuable qui désire déduire des pertes d'une société de personnes canadienne en vertu de l'art. 96 de la Loi doit satisfaire à la définition de société prévue par la loi provinciale ou territoriale applicable. Cette exigence est conforme au Bulletin d'interprétation IT-90, qui est intitulé "Qu'est-ce qu'une société?" et daté du 9 février 1973. Elle est également conforme à l'approche adoptée par les juges majoritaires de notre Cour aux fins d'interprétation de la Loi dans l'arrêt *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915, 2000 CSC 36, par. 31. Il s'ensuit que, pour l'application de l'art. 96 de la Loi, les éléments essentiels d'une société de personnes prévus par le droit canadien doivent être présents, même lorsqu'il s'agit de sociétés étrangères : pour une approche similaire, voir *Economics Laboratory (Canada) Ltd. c. M.R.N.*, 70 D.T.C. 1208 (C.A.I.)¹⁰⁶. »

En conséquence, pour ce qui est de la province de Québec, les dispositions du *Code civil du Québec*, étudiées en première partie, serviront à déterminer s'il y a existence ou non d'une société de personnes. Une fois ce constat établi, les dispositions prévues dans les lois fiscales relativement aux sociétés de personnes seront alors applicables.

2.1.2. Les présomptions de l'article 96 L.I.R.

Nous retrouvons à l'article 96 L.I.R. les règles générales pour le contribuable qui est un associé d'une société de personnes. En résumé, le paragraphe 96(1) L.I.R. établit, à certaines fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, que la société de personnes doit être considérée comme une personne distincte résidant au Canada. Plus précisément, ce paragraphe se lit comme suit :

« 96. (1) **Règles générales** – Lorsqu'un contribuable est un associé d'une société de personnes, son revenu, le montant de sa perte autre qu'une perte en capital, de sa perte en capital nette, de sa perte agricole restreinte et de sa perte agricole, pour une année d'imposition, ou son revenu imposable gagné au Canada pour une année d'imposition, selon le cas, est calculé comme si :

¹⁰⁵ [2001] 1 R.C.S. 367.

¹⁰⁶ *Id.*, 377.

- a) la société de personnes était une personne distincte résidant au Canada;
 - b) l'année d'imposition de la société de personnes correspondait à son exercice;
 - c) chaque activité de la société de personnes (y compris une activité relative à la propriété de biens) était exercée par celle-ci en tant que personne distincte, et comme si était établi le montant :
 - (i) de chaque gain en capital imposable et de chaque perte en capital déductible de la société de personnes, découlant de la disposition de biens;
 - (ii) de chaque revenu et perte de la société de personnes afférents à chacune des autres sources ou à des sources situées dans un endroit donné;
- pour chaque année d'imposition de la société de personnes; [...]. »

Ainsi, le paragraphe 96(1) L.I.R. établit ces règles à des fins précises dont, à titre d'exemple, le calcul du revenu du contribuable qui est associé. Par contre, lorsqu'il s'agit de déterminer les conséquences fiscales pour une situation non visée par ces dispositions, il faudra alors établir ces conséquences en appliquant les règles du droit commun relatives aux sociétés de personnes. Nous pouvons illustrer ces propos à l'aide de quelques exemples, à savoir :

a) Restrictions sur les biens locatifs

Il existe plusieurs situations dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* où il faut analyser les activités de la société de personnes, soit pour établir le statut particulier de l'associé, soit pour établir la source du revenu de celui-ci. À titre d'exemple, on peut citer les dispositions relatives aux restrictions sur l'allocation du coût en capital pour les biens locatifs. Une SPA ne sera pas assujettie à ces règles si son revenu provient principalement d'activités de location, c'est-à-dire si 90 % de ses revenus bruts proviennent d'une telle activité¹⁰⁷. Afin de déterminer si la société satisfait ce test du 90 %, l'ARC précise que l'on doit tenir compte de la proportion du revenu de location qu'une SPA peut gagner par le biais d'une société de personnes¹⁰⁸. Selon nous, cette position de l'ARC est correcte puisque l'exercice a pour objet

¹⁰⁷ *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod., al. 1100(16)a).

¹⁰⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-443, « Biens donnés en location en bail – Restrictions de la déduction pour amortissement », 14 mars 1980, par. 10.

d'établir la principale activité du contribuable, et non pas de calculer son revenu.

b) Biens immeubles en inventaire

Le paragraphe 85(1) L.I.R. exclut spécifiquement les biens immeubles en inventaire de la notion de « bien admissible » au roulement fiscal¹⁰⁹. Par contre, un contribuable qui a un intérêt dans une société de personnes, qui détient elle-même des biens immeubles en inventaire, pourra transférer cet intérêt en utilisant les dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R. Comme cette distinction est pertinente aux fins du calcul du revenu du contribuable, les dispositions du paragraphe 96(1) L.I.R. sont alors applicables et on doit considérer la société de personnes comme une personne distincte aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ceci permet de rendre les dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R. applicables à l'intérêt détenu dans une société de personnes.

L'ARC accepte cette position et elle la confirme dans sa *Circulaire d'information* 88-2¹¹⁰. Par contre, si un contribuable utilise les dispositions combinées des paragraphes 97(2) et 85(1) L.I.R. pour contourner l'exclusion des biens immobiliers en inventaire prévue au paragraphe 85(1) L.I.R., celle-ci pourrait appliquer la règle générale antiévitement.

c) Exemptions relatives aux déductions à la source

L'alinéa 96(1)a) L.I.R. ne précise pas, lorsqu'on indique que la société de personnes doit être considérée comme une personne distincte, s'il s'agit d'un particulier, d'une SPA ou encore d'une fiducie. En conséquence, les dispositions de la loi applicables uniquement à des sociétés, comme les exemptions prévues pour une société résidant au Canada, relativement aux déductions à la source à être effectuées sur des intérêts versés à des non-résidents¹¹¹, ne sont pas applicables à une société de personnes, même si cette dernière est constituée uniquement d'associés corporatifs. Par contre, il existe une position administrative de l'ARC qui permet d'appliquer cette

¹⁰⁹ Voir la définition de « bien admissible » à l'alinéa 85(1.1)f) L.I.R.

¹¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, « Dispositions générales antiévitement – article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* », 21 octobre 1988, par. 22.

¹¹¹ Voir le sous-alinéa 212(1)b)(vii) L.I.R.

exemption à une telle société de personnes¹¹². Si la seule disposition pertinente était le paragraphe 96(1) L.I.R. dans un tel cas, cette position administrative serait conforme aux règles de droit applicables aux sociétés de personnes. En effet, comme cette distinction n'a pas d'impact sur le plan du calcul du revenu d'un contribuable, les présomptions du paragraphe 96(1) L.I.R. ne sont pas pertinentes et, en conséquence, les associés corporatifs peuvent être considérés comme les payeurs des intérêts.

Cependant, l'alinéa 212(13.1)a) L.I.R. répute la société de personnes être une personne distincte aux fins de certaines règles relatives aux déductions à la source. Par conséquent, si ce n'était de la position administrative mentionnée ci-dessus, la société de personnes composée uniquement d'associés corporatifs ne pourrait bénéficier des exemptions relatives au paiement d'intérêts.

d) Les règles relatives à la capitalisation restreinte

Le paragraphe 18(4) L.I.R. est un autre exemple de disposition applicable uniquement à une SPA, résidente du Canada. L'ARC s'est déjà prononcée sur la non-application de cette disposition à un prêt reçu par une société de personnes, puisque cette dernière n'est pas une SPA, résidente du Canada¹¹³.

e) Personnes liées et personnes affiliées

L'ARC répute une société de personnes être une personne pour établir si cette société de personnes est liée à une société lorsque cette détermination est pertinente aux fins du calcul du revenu des associés. Dans un tel cas, l'ARC considère que la société contrôlée par une société de personnes est ainsi liée à cette dernière. Par contre, si cette distinction n'est pas pertinente aux fins du calcul du revenu d'un associé, l'ARC regardera plutôt du côté des associés pour voir si ces derniers peuvent être liés à une société¹¹⁴.

¹¹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-361R3, « Exemption de l'impôt de la Partie XIII sur les intérêts versés à des non-résidents », 12 février 1996, par. 19; voir également *Window on Canadian Tax*, Don Mills, Ont., CCH Canadian, feuilles mobiles, interprétation technique 1038, 23 novembre 1990.

¹¹³ Voir à cet effet « Table ronde de Revenu Canada », dans *1992 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1993, pp. 54:1-36, question 12, aux pages 54:8-9.

¹¹⁴ Voir à cet effet « Table ronde de Revenu Canada », dans *1990 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1991, pp. 50:1-68, question 28, aux pages 50:15-16.

En ce qui concerne la définition de « personnes affiliées » au sens du paragraphe 251.1(1) L.I.R., les sociétés de personnes sont assimilées à des personnes¹¹⁵.

f) La règle de la demi-année

Dans une interprétation technique privée, l'ARC a indiqué qu'une société de personnes était une personne distincte aux fins d'établir s'il y a une exemption applicable relativement à la règle de la demi-année¹¹⁶. Comme il s'agit d'une situation ayant une relation directe avec le calcul du revenu d'un contribuable, cette position nous apparaît conforme aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

g) Calcul du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »)

L'ARC a adopté l'approche du conduit lorsqu'il s'agit de calculer le CDC d'un associé qui est une société privée. Cet associé inclura la partie du gain en capital réalisé par la société de personnes, correspondant à sa participation dans cette dernière¹¹⁷. Cette position est conforme aux présomptions établies à l'alinéa 96(1)f) L.I.R. qui prévoit le calcul du revenu par source.

h) Nombre de personnes employées par un associé

Aux fins de la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DAPE »), l'expression « entreprise de placement déterminée » exclut le revenu gagné par une société qui emploie plus de cinq employés à plein temps¹¹⁸. Pour déterminer le nombre d'employés, il faut tenir compte du nombre de personnes employées à plein temps par la société de personnes dont la société est membre¹¹⁹. Cette approche qui ne considère pas la société

¹¹⁵ Voir l'alinéa 251.1(4)b) L.I.R.

¹¹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 5-8413, 29 décembre 1989.

¹¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-430R3, « Produit d'une police d'assurance vie que reçoit une société privée ou une société de personnes par suite d'un décès », 2 décembre 2002, par. 7.

¹¹⁸ Voir la définition d'« entreprise de placement déterminée » au paragraphe 125(7) L.I.R.

¹¹⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-73R6, « Déductions accordées aux petites entreprises », 25 mars 2002, par. 20.

de personnes comme personne distincte est correcte selon nous, puisque cette détermination n'a pas d'impact sur le calcul du revenu d'un associé. La DAPE a un impact sur l'impôt à payer de la société, et non sur le calcul de son revenu.

2.1.3. L'impact de la décision *Allard*

Certains praticiens étaient d'avis que la décision *Allard* et les autres qui ont suivi¹²⁰ pour confirmer ce jugement allaient avoir des répercussions importantes en matière d'impôt sur le revenu, même si cette décision portait sur l'application de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*¹²¹. Cependant, les autorités fiscales ne semblent pas être du même avis, ce qui est correct selon nous. Les représentants de Revenu Québec ont d'ailleurs confirmé cette position lors d'une table ronde en 1998, de la façon suivante :

« 1.10 Traitement des sociétés de personnes au niveau des lois fiscales

[...]

Est-ce que le ministère a établi des règles précises en ce qui a trait au traitement des sociétés de personnes à l'égard de la Loi sur les impôts et de la Loi sur la taxe de vente du Québec, et ce, compte tenu de l'état actuel du droit québécois?

Réponse

La Loi sur les impôts et la Loi sur la taxe de vente du Québec prévoient des règles dans lesquelles s'intègrent les sociétés de personnes ou leurs membres. Ainsi, en impôt sur le revenu, le titre XI du livre III de la Partie I L.I., soit les articles 599 à 645 inclusivement, prévoit des règles spécifiques concernant les sociétés de personnes et leurs membres. Ainsi, l'article 600 L.I. est à l'effet que chaque membre d'une société de personnes doit calculer, pour une année d'imposition, son revenu et ses pertes ou son revenu imposable gagné au Canada, le cas échéant, comme si, notamment :

- la société de personnes était une personne distincte résidant au Canada;
- la société de personnes exerçait comme personne distincte chacune de ses activités, y compris la possession à titre de propriétaire et pour chacune de ses années d'imposition, calculait le montant :

¹²⁰ Voir entre autres les décisions précitées aux notes 86 et 91.

¹²¹ L.R.Q., c. D-15.1 (ci-après « L.D.M.I. »).

- de chaque gain en capital imposable et de chaque perte en capital admissible provenant de l'aliénation de biens; et
- de chaque revenu et perte de la société de personnes provenant de chaque autre source au Canada ou de sources situées dans un autre endroit; et
- sous réserve d'autres dispositions, le revenu de la société de personnes, pour une année d'imposition, provenant ou découlant d'une source au Canada ou de sources situées dans un autre endroit constitue, jusqu'à concurrence de la part du contribuable, le revenu de ce dernier pour son année d'imposition pendant laquelle l'année d'imposition de la société de personnes se termine, provenant de cette source au Canada ou des sources situées dans cet autre endroit, selon le cas.

Par ailleurs, l'article 1 de la Loi sur la taxe de vente du Québec prévoit, à la définition du mot "personne", que la société de personnes en constitue une. Ainsi, pour les fins de l'application de cette loi, la société de personnes est considérée comme une personne¹²². »

Cette dernière position a également été confirmée implicitement par les autorités fiscales fédérales dans une interprétation technique¹²³.

2.2. TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES ET TAXE DE VENTE DU QUÉBEC

2.2.1. L'article 272.1 de la Loi sur la taxe d'accise¹²⁴

L'article 272.1 L.T.A. prévoit des règles concernant les activités, les responsabilités, la formation et la dissolution des sociétés de personnes. Aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise*, une société de personnes est une entité juridique distincte et est comprise dans la définition de « personnes » qui se retrouve au paragraphe 123(1) L.T.A. Par contre, l'expression « société de personnes » n'est pas définie dans la *Loi sur la taxe d'accise*, et de la même façon qu'en matière d'impôt sur le revenu, il faut s'en remettre au droit commun pour établir s'il y a existence ou non d'une société de personnes.

¹²² « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 42:21-86, aux pages 42:34-36.

¹²³ *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 9730475, 21 mai 1998.

¹²⁴ L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »). Les articles 345.1 à 345.7 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., c. T-0.1 et mod., ont sensiblement le même effet.

Le paragraphe 272.1(1) L.T.A. prévoit que tout acte accompli par une personne à titre d'associé d'une société de personnes est réputé, aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise*, avoir été effectué par la société de personnes et non par l'associé. En conséquence, lorsqu'une personne accomplit un acte en tant qu'associé d'une société de personnes, l'activité est considérée comme étant effectuée par la société de personnes. En d'autres termes, c'est la société de personnes qui exerce des activités commerciales et qui exploite l'entreprise et non les associés. Ainsi, la société de personnes, plutôt que les associés de façon individuelle, doit calculer la taxe nette pour les activités qu'elle est réputée exercer ou qu'elle exerce et elle est tenue de produire une déclaration aux fins de la taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») et de la taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ »).

Aux fins de la *Loi sur la taxe d'accise*, la société de personnes (et non les associés de façon individuelle) doit en conséquence :

- s'inscrire;
- percevoir la TPS sur les fournitures taxables qu'elle effectue;
- réclamer les crédits de taxe sur les intrants relatifs à la TPS payée; et
- remettre toute taxe nette.

Le paragraphe 272.1(5) L.T.A. impose une responsabilité conjointe et solidaire aux personnes qui sont des associés ou des anciens associés (autres que des commanditaires qui ne sont pas des commandités). Cette responsabilité existe pour tous les montants qui deviennent à payer ou à verser par la société de personnes au cours de la période où la personne est un associé de la société de personnes ou avant cette période. Lorsque la personne est un associé au moment de la dissolution de la société de personnes, la responsabilité conjointe et solidaire s'applique également aux montants qui deviennent à payer ou à verser après le moment de la dissolution. La responsabilité d'une personne pour les montants qui deviennent à payer ou à verser avant qu'elle ne devienne un associé est limitée aux biens ou à l'argent que la société de personnes possède. La responsabilité de l'associé est également limitée au montant qu'il paie ou verse au titre de l'obligation.

2.2.2. Participation dans une société de personnes

Une « participation dans une société de personnes » est définie au paragraphe 123(1) L.T.A., comme un « effet financier ». Ainsi, la

participation d'un associé au capital d'une société de personnes, la distribution aux associés par la société de personnes de son capital (distribution de revenu ou de capital) et la vente d'une participation constituent une « fourniture exonérée » à titre d'effet financier¹²⁵. Par conséquent, si la seule activité commerciale d'un associé est la détention d'une participation dans une société de personnes, il n'est pas tenu de s'inscrire aux fins de la TPS et de la TVQ.

2.3. LA LOI CONCERNANT LES DROITS SUR LES MUTATIONS IMMOBILIÈRES

2.3.1. La décision *Allard*

La décision *Allard*, dont c'était d'ailleurs précisément l'objet du litige, a eu un impact important en matière de droits sur les mutations immobilières. Depuis ce jugement, il est maintenant admis que lorsqu'un associé dispose d'une participation dans une SENC qui détient un immeuble, les droits sur les mutations immobilières sont applicables sur la valeur de l'immeuble correspondant à la proportion de l'intérêt cédé dans la SENC. Antérieurement à ce jugement, il semble bien que les contribuables ne se préoccupaient pas de payer les droits de mutations immobilières lors d'une telle transaction.

En pratique, dorénavant, lorsqu'on procède à une disposition d'une participation dans une SENC détenant plusieurs actifs dont des immeubles, il est fréquent de préparer deux contrats, soit un premier contrat contenant les dispositions relatives à la cession des parts dans la société de personnes et à l'ensemble des actifs exploités par cette dernière, ainsi qu'un deuxième contrat signé concurremment et traitant uniquement de la disposition de la part indivise dans l'immeuble exploité par la société de personnes. C'est ce dernier contrat qui sera publié au registre foncier, ce qui déclenchera alors l'application des droits de mutations immobilières, puisqu'une copie de ce contrat sera également transmise aux autorités chargées de l'application de cette loi.

Qu'en est-il pour la SEC?

La décision *Allard* a établi un principe applicable, selon nous, à toutes les sociétés de personnes, incluant la SEC. Par conséquent, lors d'une

¹²⁵ En vertu de la TVQ, il s'agira plutôt d'une fourniture détaxée.

cession de parts sociales d'une SEC détenant un immeuble, les règles mentionnées ci-dessus relativement à l'application des droits de mutation devraient également être suivies. Toutefois, en pratique, il semble bien que cela ne soit pas le cas, puisqu'il est très difficile pour les autorités de connaître l'existence d'une telle transaction. En effet, il n'y a normalement aucune publication au registre foncier dans une telle situation, puisque l'immeuble est toujours inscrit comme étant détenu par une SEC agissant par son commandité, ce qui n'est pas le cas pour une SENC.

2.3.2. Exonération en vertu des alinéas 19(1)a) et 19(1)b) L.D.M.I.¹²⁶

Il y a exonération du paiement du droit de mutation lorsque le transfert est fait par un cédant qui est une personne physique à un cessionnaire qui est une personne morale dont au moins 90 % des actions de son capital-actions, émises et ayant plein droit de vote, sont la propriété de ce cédant immédiatement après le transfert.

Inversement, il y a exonération du paiement du droit de mutation lorsque le transfert est fait par un cédant qui est une personne morale en faveur d'une personne physique si cette dernière est propriétaire, immédiatement avant le transfert, d'au moins 90 % des actions émises, ayant plein droit de vote, du capital-actions du cédant.

Les cas d'exonération prévus à l'article 19, alinéa 1(a) et (b) L.D.M.I. trouvent application lorsqu'il y a transfert d'un immeuble entre une personne physique et une personne morale. Il convient donc de définir ce que la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières* entend par les termes « personne physique » et « personne morale ».

a) « Personne physique »

Les tribunaux du Québec ont eu, à maintes occasions, à se pencher sur l'interprétation qu'il faut donner au terme « personne physique » en vertu de

¹²⁶ Voir à ce sujet l'article publié par Marie-Pierre CAJOLET, « Les droits sur les mutations immobilières », (2000-2001), vol. 22, n° 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 837 à 980. La section 2.3.2. de ce texte reprend en grande partie le texte de M^e Cajolet, qui traite de cette question aux pages 933 à 936.

la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*¹²⁷. Il ressort de l'ensemble de ces jugements que l'emploi, par le législateur, du terme « personne physique » à l'article 19, alinéa 1(a) et (b) L.D.M.I. exclut les personnes morales et autres entités juridiques de toutes sortes, telles les sociétés par actions et les sociétés du *Code civil du Québec*. De par la définition du terme « personne » qui est donnée à l'article 1 L.D.M.I., on peut conclure que le terme « personne physique » exclurait également les fiducies, les fondations, les syndicats, les associations ou tout autre groupement de quelque nature que ce soit. En effet, dans le libellé de cette disposition, le législateur y fait nettement la distinction entre une « personne physique » et l'ensemble de ces regroupements.

b) « Personne morale »

Les exonérations prévues à l'article 19, alinéa 1(a) et (b) L.D.M.I. traitent de transferts concernant des personnes morales qui ont un capital-actions. Du point de vue strictement littéral et formel, seuls les transferts concernant une SPA peuvent être visés par ces cas d'exonération. En conséquence, l'article 19, alinéa 1(a) et (b) L.D.M.I. ne serait d'aucune utilité pour les transferts effectués entre une personne physique et une société du *Code civil du Québec*. Ces sociétés ne constituent pas, comme nous l'avons déjà mentionné, des « personnes morales » au sens de la loi. De plus, le texte de loi fait référence à la détention des actions émises et ayant plein droit de vote d'une personne morale et non à la détention de parts sociales. C'est ce qui ressort d'un jugement rendu par la Cour du Québec dans l'affaire *Ville de Montréal c. Société en commandite Complexe d'habitation 67*¹²⁸, alors que le juge a refusé de donner application à l'article 19, alinéa 1(a) L.D.M.I. au motif que le cessionnaire était une SEC. Selon le juge dans cette affaire, le cessionnaire doit nécessairement être une SPA.

Par contre, dans l'affaire *Statour c. Ville de Bromont*¹²⁹, le juge Chaput, de la Cour supérieure, adopte une interprétation plus large du premier alinéa de l'article 19 L.D.M.I. et consent à l'exonération lorsqu'en présence de sociétés du *Code civil du Québec*. Dans cette affaire, Statour, SEC, a acquis,

¹²⁷ *Iinvest Corp. c. Ville de Montréal*, J.E. 83-264 (C.S.); *Ville de Montréal c. Cliffion Management Corp.*, J.E. 83-897 (C.A.); *Ville de Montréal c. Montrawest Ltd.*, [1982] C.P. 77.

¹²⁸ J.E. 94-855 (C.Q. (Ch. Civ.)).

¹²⁹ C.S. Montréal, n° 500-05-052897-996, 19 octobre 1999, j. Chaput (ci-après « *Statour* »).

dans le cadre de ventes sous contrôle de justice, deux immeubles qui appartenaient à Station de Ski Bromont, SEC. Or, le cédant et le cessionnaire étaient deux sociétés en commandite contrôlées à 100 % par une SPA appelée Groupe Six Bromont inc. La SEC Statour a alors invoqué l'exonération prévue à l'ancien article 19, alinéa 1(f) L.D.M.I., ce que lui avait refusé la ville de Bromont.

Le juge Chaput mentionne tout d'abord que, du point de vue purement formel, l'article 19, alinéa 1(f) L.D.M.I. ne prévoit une exonération que dans les cas de transferts impliquant une SPA et que la société du *Code civil du Québec* s'en trouve exclue. Toutefois, après avoir discuté des règles d'interprétation énoncées par la Cour suprême du Canada en matière de loi fiscale¹³⁰, le juge Chaput mentionne ce qui importe dans la logique interne de l'exonération pour les transferts impliquant des personnes morales liées :

« Ce qui importe, c'est que le droit de propriété de l'immeuble, malgré le transfert d'une personne morale à une autre, reste à l'intérieur du patrimoine qui leur est commun à raison du contrôle assuré de l'une à l'autre par la détention de 90 % des actions ayant plein droit de vote¹³¹. »

Enfin, selon le juge Chaput, comme les associés en commandite Statour et Station de Ski Bromont sont entièrement contrôlées par la SPA Groupe Six Bromont inc., elles forment un seul « conduit » et le droit de propriété des immeubles transférés demeure, du point de vue fiscal, dans un même patrimoine commun. En conséquence, les transferts effectués à la SEC Statour sont visés par l'exonération prévue à l'article 19, alinéa 1(f) L.D.M.I. Ce jugement vient alimenter le débat sur la question de l'exonération du droit de mutation immobilière à une société du *Code civil du Québec*, alors que, par le passé, les cas d'exonération prévus à l'article 19 L.D.M.I. avaient toujours été refusés aux sociétés civiles.

La pratique nous permet également de constater que les municipalités n'adoptent pas toutes la même approche relativement à un transfert fait à une société du *Code civil du Québec*. En effet, il semblerait que certaines municipalités ne s'opposent pas à l'exonération du paiement du droit de mutation lorsque le cessionnaire constitue une SEC et qu'il est clairement

¹³⁰ *Communauté urbaine de Québec c. Corporation Notre-Dame-de-Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; *Buanderie centrale de Montréal inc. c. Ville de Montréal*, [1994] 3 R.C.S. 29; *Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain c. Ville de Montréal*, [1994] 3 R.C.S. 29.

¹³¹ *Statour*, précité, note 129, 6.

démontré que le cédant détient au moins 90 % des parts de la société immédiatement après le transfert. Ainsi, nous suggérons aux praticiens d'être très prudents et de vérifier au préalable la politique administrative de la municipalité à cet égard et de conseiller leurs clients en conséquence.

CONCLUSION

Une vingtaine de décisions ont traité de la question de la personnalité morale des sociétés depuis 1994. Quelques-unes seulement sont conséquentes. La plupart d'entre elles reconnaissent les attributs juridiques de la société sans en explorer plus avant les fondements. D'autres décisions, malheureusement, s'appuient sur le jugement *Allard* et refusent l'autonomie patrimoniale de la société sous prétexte qu'elle ne constitue pas une personne morale. Par contre, d'autres décisions ont été rendues sur la question du patrimoine distinct des sociétés en nom collectif. Certaines d'entre elles ont reconnu simplement, et sans plus de commentaire, l'autonomie patrimoniale des sociétés.

À partir de ces premières décisions, nous pouvons conclure que, dans la mesure où les juges constatent que la décision *Allard* a été rendue dans un contexte complètement différent de celui du *Code civil du Québec*, un certain courant jurisprudentiel se dégage en faveur de la reconnaissance des attributs juridiques de la SENC et de la SEC sans pour autant leur conférer la personnalité morale. Ainsi, il y a reconnaissance de l'absence de corrélation entre le patrimoine autonome des sociétés et la personnalité juridique. En effet, à partir du moment où il y a prise de conscience de la philosophie du nouveau code, il devient beaucoup plus simple d'expliquer l'autonomie patrimoniale des sociétés de personnes hors du cadre de la personnalité morale. La question reste toutefois à savoir si la société constitue un patrimoine d'affectation ou encore une division du patrimoine.

Du point de vue fiscal, le traitement d'une société de personnes est également devenu de plus en plus complexe, tout d'abord parce qu'elle n'a pas d'entité légale propre. Quelquefois elle est réputée être une personne, alors qu'à d'autres fins de la loi, c'est plutôt du côté des associés qu'il faut se situer. Bien que la société de personnes ne possède pas la personnalité morale aux fins juridiques, elle pourrait, à des fins fiscales uniquement, être présumée une personne à toutes les fins de la loi.

DÉDUCTIBILITÉ DES PERTES ET DES INTÉRÊTS



Alain Léonard
CA
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Lawrence Purdy
Avocat
Ministère des Finances du Canada

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (ALAIN LÉONARD)

INTRODUCTION 24:3

1. L'ARRÊT *GIFFORD* 24:3

2. *BULLETIN D'INTERPRÉTATION IT-533* 24:8

2.1. CONCEPT DE RETRAÇAGE/LIEN 24:9

2.2. MISE À PART DE L'ARGENT 24:13

2.3. BILLET ÉMIS POUR RACHETER DES ACTIONS 24:15

3. ARTICLE 3.1 PROPOSÉ 24:18

PARTIE B (LAWRENCE PURDY)**Consultations sur les propositions du 31 octobre 2003**

AVANT-PROPOS	24:19
1. LE « TOP 9 » DES QUESTIONS POSÉES	24:19
2. QUESTIONS ADDITIONNELLES	24:21
3. BÉNÉFICE CUMULATIF	24:21

PARTIE A

Alain Léonard, CA

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

INTRODUCTION

La déductibilité des intérêts a fait couler beaucoup d'encre jusqu'à présent et demeure un sujet d'actualité. Malgré le fait que la notion de déductibilité des intérêts ait été analysée à maintes reprises par nos tribunaux, il semble qu'il existe encore aujourd'hui plusieurs incertitudes à cet égard.

Le présent texte vise à analyser de façon sommaire les faits nouveaux survenus au cours de la dernière année en matière de déductibilité des intérêts. Plus particulièrement, il traite de l'analyse effectuée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gifford c. La Reine*¹ ainsi que de certaines politiques administratives énoncées dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533².

Depuis que le ministère des Finances du Canada a présenté son projet de modification relatif à l'introduction de l'article 3.1 dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*³ le 31 octobre 2003, de nombreux écrits en ont découlé, pour la plupart peu élogieux. Il est possible que le projet de modification fasse l'objet de modifications avant son introduction définitive dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Plusieurs questions d'intérêt ont été soulevées lors de la période de consultation relative à l'introduction de l'article 3.1 L.I.R. qui s'est terminée le 31 août 2004. Ces questions ont été débattues dans le cadre de la conférence avec M. Lawrence Purdy du ministère des Finances.

1. L'ARRÊT GIFFORD

Dans l'arrêt *Gifford*, la Cour suprême du Canada a dû clarifier certains points à savoir, entre autres, si la Cour suprême avait déclaré par le passé qu'un paiement d'intérêts constituait toujours un paiement « au titre du

¹ 2004 D.T.C. 6129 (C.S.C.) (ci-après « *Gifford* »).

² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003.

³ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

capital »⁴ et si la *Loi de l'impôt sur le revenu* comprenait un code exhaustif sur la déductibilité des intérêts. La Cour a par la suite analysé le critère devant servir à qualifier les paiements d'intérêts pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Dans cette affaire, l'appelant, un employé de la société de courtage Midland Walwyn, a conclu avec un autre employé, M. Bentley, de la même société de courtage, une « convention d'achat de clientèle de conseiller financier » en vertu de laquelle M. Bentley s'engageait à informer par écrit chacun de ses clients inscrits sur la liste de clients qu'il appuyait l'appelant. M. Bentley a également demandé à Midland Walwyn de transférer à l'appelant les dossiers des clients. M. Bentley a consenti à une clause de non-concurrence pour une période de 30 mois. En contrepartie de l'achat de la liste de clients, l'appelant a versé une somme de 100 000 \$ à M. Bentley. L'achat de la liste de clients de M. Bentley a été financé par un emprunt de 100 000 \$.

Dans cette affaire, la Cour suprême devait déterminer si, pour le calcul de l'impôt, l'appelant pouvait déduire de son revenu soit le prix d'achat de la liste, soit les intérêts qu'il avait versés sur l'emprunt pour l'acquisition. À l'égard de ces deux points, l'appel a échoué. Aux fins du présent texte, seule la partie attribuable à la déductibilité des intérêts sera analysée.

Comme il est indiqué ci-dessus, la Cour suprême s'est prononcée sur trois questions attribuables à la déductibilité des intérêts, soit :

- La Cour suprême du Canada a-t-elle déclaré par le passé qu'un paiement d'intérêts constituait toujours un paiement « au titre du capital »?
- La *Loi de l'impôt sur le revenu* comporte-t-elle un code exhaustif sur la déductibilité des intérêts?

⁴ On notera que les mots utilisés à l'alinéa 8(1)f) L.I.R. (« au titre du capital ») diffèrent de ceux utilisés à l'alinéa 18(1)b) L.I.R. (« à titre de capital »). Néanmoins, ces deux expressions présentent une très grande similitude. Dans le cadre de son analyse relative à la déduction des intérêts dans l'affaire *Gifford*, le juge Major a utilisé le libellé de l'alinéa 8(1)f) L.I.R., compte tenu que l'appelant dans cette affaire avait le statut d'employé. Il est peu probable que les conclusions tirées par la Cour suprême du Canada dans cette affaire seraient différentes advenant que le libellé de l'alinéa 18(1)b) L.I.R. ait été utilisé. À des fins de simplification, les analyses dans le cadre du présent texte ont été effectuées en utilisant le libellé de l'alinéa 8(1)f) L.I.R.

- Quel critère devrait servir à qualifier les paiements d'intérêts pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

En ce qui concerne la première question, le juge Major de la Cour suprême indique que le commentaire du juge Rothstein de la Cour d'appel fédérale est sans fondement, car il repose sur des décisions portant essentiellement sur la question de savoir si le paiement d'intérêts en cause était déductible en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. et non sur la qualification même des paiements d'intérêts. Le juge Major a conclu :

« Pour résumer, la Cour n'a pas statué dans ses décisions que les intérêts constituent toujours une dépense en capital, mais elle a constamment conclu que les intérêts payés sur l'emprunt qui s'ajoute au capital financier de l'emprunteur devaient être assimilés à un paiement « au titre du capital ». Cette distinction devient plus importante si l'on examine les critères utilisés dans d'autres ressorts pour caractériser les dépenses d'intérêts, comme nous le verrons plus loin⁵. »

Pour ce qui est de la deuxième question, la Cour suprême, contrairement au juge Rothstein de la Cour d'appel fédérale, n'est pas d'avis que la *Loi de l'impôt sur le revenu* comporte un code exhaustif sur la déductibilité des intérêts. Le juge Major a statué ce qui suit :

« Je ne puis adhérer à l'opinion du juge Rothstein que la Loi contient un code exhaustif sur la déductibilité des intérêts. Le Ministre a plaidé devant la Cour que la Loi comportait un code exhaustif pour la déductibilité des intérêts car seuls les paiements d'intérêts qui répondent aux exigences de dispositions bien précises de la Loi, comme l'al. 8(1j) ou 20(1)c), peuvent être déduits. La manière dont l'Agence des douanes et du revenu du Canada (aujourd'hui Agence du revenu du Canada) permet aux prêteurs d'argent de déduire les paiements d'intérêts, sans recourir à une disposition de la Loi, lorsqu'ils calculent leur bénéfice pour déterminer leur revenu pour l'année en application de l'art. 9, indique à l'évidence que telle n'a pas été la position de l'agence jusqu'à maintenant. Lorsque les intérêts ne représentent pas un paiement « au titre du capital », ils peuvent être déduits dans la mesure où ils satisfont aux autres exigences, comme celles énoncées aux al. 8(1)f) ou 18(1)a), et sauf disposition contraire de la Loi⁶. »

Cette position de la Cour suprême vient confirmer ce qui était compris de plusieurs.

À la suite des conclusions auxquelles est arrivée la Cour suprême dans le cadre des deux premières questions, la Cour est venue établir les critères

⁵ Gifford, précité, note 1, 6135.

⁶ *Id.*

devant servir à qualifier les paiements d'intérêts pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Dans le cadre de son raisonnement, le juge Major a considéré le critère adopté par la Haute Cour de l'Australie selon lequel les intérêts constituent presque toujours une dépense courante et celui choisi par le Conseil privé fondé sur la fin à laquelle est affecté l'emprunt au moment où les intérêts sont versés. Selon le juge Major, le critère élaboré par la Haute Cour de l'Australie ainsi que celui retenu par le Conseil privé servent à déterminer si chaque paiement d'intérêts constitue une dépense ou un paiement « ayant un caractère de capital » (test axé sur le paiement d'intérêts), ce qui n'est que peu d'utilité quant à la question de la déductibilité des intérêts au Canada. Cette position de la Cour est appuyée par le fait que, contrairement à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les lois anglaises et australiennes ne renvoient pas à la notion de paiement « au titre du capital » que l'on retrouve au sous-alinéa 8(1)f(v) L.I.R. ou encore, dans une formulation quelque peu différente, à l'alinéa 18(1)b) L.I.R. Le juge Major conclut comme suit :

« Sous le régime de la présente Loi, il n'est pas nécessaire de savoir si le paiement est une dépense en capital, mais bien s'il est effectué " au titre du capital ". Cette distinction dans la terminologie se révèle particulièrement importante quant aux paiements d'intérêts, car, contrairement aux autres immobilisations, l'emprunt conserve rarement la forme sous laquelle il est reçu. Cette distinction signifie que nous devons considérer, pour l'application de la Loi, uniquement ce que l'emprunt représente pour l'emprunteur au moment où il l'obtient, sans avoir à examiner la façon dont il est dépensé. Si l'argent s'ajoute au capital financier, le paiement d'intérêts effectué à l'égard de cet emprunt sera alors considéré comme un paiement " au titre du capital ". Si la somme empruntée constitue, comme c'est le cas pour les prêteurs d'argent, l'inventaire de l'emprunteur, le paiement d'intérêts sera alors déductible. Dans *Wharf Properties*, précité, p. 339, lord Hoffmann traite des possibilités que l'emprunt représente pour l'emprunteur.

[traduction] Cette décision ne paraît pas à Leurs Seigneuries être d'un quelconque secours à *M. Gardiner* (personne agissant pour *Wharf Properties Ltd.*). Elle traite d'une toute autre question, à savoir si la somme empruntée vient s'ajouter au capital de l'entreprise ou si elle constitue une rentrée de fonds au titre du revenu. *Autrement dit, elle s'intéresse à la nature de l'emprunt lorsqu'il se trouve entre les mains du bénéficiaire, plutôt qu'à la question de savoir si un paiement d'intérêts constitue une dépense en capital ou des frais d'exploitation. Un prêt d'argent n'est pas habituellement assimilable à une rentrée de fonds au titre du revenu, mais il peut l'être si l'emprunt " fait partie intégrante du fonctionnement au quotidien de l'exploitation de l'entreprise " (lord Templeman dans *Beauchamp*, page 497), comme dans le cas d'activités bancaires, de financement ou autres transactions d'argent : voir *Farmer c. Scottish North American Trust Ltd.*, [1912] A.C. 118. En règle générale, cependant, un prêt consenti à une entreprise commerciale s'ajoutera au capital de celle-ci, quel que soit l'objet pour lequel il devait servir. *M. Gardiner* a plaidé qu'en l'espèce le court laps de temps entre les échéances successives des*

prêts justifiait à lui seul la qualification de frais d'exploitation, mais Leurs Seigneuries ne sont pas de cet avis. L'emprunt ne s'inscrivait pas dans le cadre des activités commerciales de l'entreprise. Tant qu'on y a eu recours, ou dans la mesure où on y a substitué un autre prêt, il s'agissait d'un ajout au capital de Wharf : comparer *European Investment Trust Co. Ltd. c. Jackson* (1932), 18 T. C. 1⁷. » (Parenthèses de l'auteur)

En rejetant le critère élaboré par la Haute Cour de l'Australie et celui retenu par le Conseil privé, la Cour suprême adopte une approche axée sur la nature des fonds empruntés, pour l'emprunteur, au moment de leur obtention (addition au « capital financier » ou à l'inventaire). Cette approche rend inapproprié l'examen de la nature du paiement d'intérêts (dépense en capital *versus* dépense courante) qui, lui, porte plutôt sur ce qui est acquis avec les fonds empruntés.

On notera que le juge Major a indiqué ce qui suit dans le cadre du jugement : « L'emprunt est, comme nous l'avons vu, habituellement considéré comme s'ajoutant au capital financier de l'emprunteur⁸. »

La notion de « capital financier » n'est pas clairement définie et pourrait proposer certaines interprétations selon les circonstances. Par exemple, dans le cas d'une banque, cette dernière pourrait vraisemblablement déduire les intérêts qu'elle paie aux déposants en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R., car les dépôts reçus des clients devraient être considérés comme de l'inventaire pour la banque. Cette interprétation est moins évidente dans la situation où des paiements d'intérêts sont effectués sur une dette subordonnée faisant partie du capital réglementaire du prêteur d'argent⁹. Dans ce cas, il est possible que les paiements d'intérêts soient effectués « au titre du capital » et ne seraient déductibles que s'ils respectent les conditions de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. En plus de l'exemple des prêteurs d'argent à l'égard des fonds en dépôt, les intérêts payés sur les comptes à payer à l'égard de dépenses courantes pourraient également être un exemple où les intérêts seraient déductibles en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R.

On remarquera que même si un emprunt peut être considéré comme ne s'ajoutant pas au « capital financier » de l'emprunteur, ce dernier devra également démontrer que les intérêts payés ne constituent pas des « dépenses

⁷ *Id.*, 6136.

⁸ *Id.*

⁹ Voir par contre l'arrêt *Canada Permanent Mortgage Corporation c. MRN*, 71 D.T.C. 5409 (C.F. 1^{re} inst.) qui apporterait certains arguments selon lesquels le paragraphe 9(1) L.I.R. pourrait être applicable même dans ces circonstances compte tenu que l'argent obtenu pourrait constituer de l'inventaire pour la banque.

en capital » dont la déduction serait également limitée en vertu de l'alinéa 18(1)b) L.I.R. Le test applicable à cette fin, comme il a été indiqué précédemment, est fondé sur l'examen de l'utilisation des fonds empruntés. Ainsi, un paiement d'intérêts sur des comptes à payer ne faisant pas partie du « capital financier » et portant sur une dépense en immobilisation (par exemple, l'achat d'une pièce d'équipement) pourrait ne pas être déductible en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. Il faudrait alors justifier la déductibilité des intérêts en respectant les conditions de l'alinéa 20(1)c) L.I.R.

2. **BULLETIN D'INTERPRÉTATION IT-533**

Au cours de la dernière année, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a publié la version finale du *Bulletin d'interprétation* IT-533¹⁰. Ce bulletin est le fruit des analyses effectuées par l'ARC relativement à l'évolution de la jurisprudence des dernières années comme les arrêts *Shell Canada Ltd. c. La Reine*¹¹, *Ludco Enterprises Ltd. c. La Reine*¹² et *Singleton c. La Reine*¹³, et considère l'incidence de celle-ci sur les positions administratives antérieures. Profitant de l'occasion, l'ARC a décidé de regrouper en un seul document la majorité de ses positions en matière de déductibilité des intérêts. Le *Bulletin d'interprétation* IT-533 représente maintenant le document principal étayant les diverses positions administratives de l'ARC en matière de déductibilité des intérêts et annule

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2.

¹¹ 99 D.T.C. 5669 (C.S.C.).

¹² 2001 D.T.C. 5505 (C.S.C.) (ci-après « *Ludco* »).

¹³ 2001 D.T.C. 5533 (C.S.C.) (ci-après « *Singleton* »).

les *Bulletins d'interprétation* IT-80¹⁴, IT-203¹⁵, IT-315¹⁶, IT-445¹⁷ et IT-498¹⁸.

On notera que le *Bulletin d'interprétation* IT-533 a été publié avant que la décision de la Cour suprême soit rendue dans l'arrêt *Gifford*. Par conséquent, certains commentaires de l'ARC émis dans le cadre de ce bulletin ne sont plus pertinents aujourd'hui ou nécessitent certaines modifications. Par exemple, l'ARC y indique ce qui suit : « L'intérêt est généralement considéré comme une dépense en capital. Par conséquent, des dispositions précises de la Loi doivent être suivies pour que les intérêts soient déductibles¹⁹. »

Par ailleurs, certaines politiques administratives incluses dans ce bulletin nécessitent d'être analysées plus en détail afin de bien comprendre leur portée, ceci afin d'éviter tout piège pouvant leur être rattaché. Dans les pages qui suivent, on examinera certaines d'entre elles.

2.1. CONCEPT DE RETRAÇAGE/LIEN

La jurisprudence antérieure, entre autres les arrêts *Bronfman Trust c. La Reine*²⁰ et *Tennant c. La Reine*²¹, a clairement établi qu'afin de déterminer si un paiement d'intérêts était déductible en vertu de

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-80, « Intérêts sur l'argent emprunté pour racheter des actions, payer des dividendes », 27 novembre 1972.

¹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-203, « Intérêt sur les droits de succession », 24 février 1975.

¹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-315, « Frais d'intérêt engagés à des fins de liquidation ou de fusion », 10 mai 1976.

¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-445, « Déductibilité de l'intérêt sur les fonds empruntés pour consentir un prêt à un taux d'intérêt inférieur à un taux raisonnable ou pour honorer une garantie donnée moyennant une contrepartie insuffisante dans les cas où il y a lien de dépendance », 23 février 1981.

¹⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-498, « Déductibilité de l'intérêt sur l'argent emprunté en vue de consentir un prêt à un employé ou à un actionnaire », 6 octobre 1983.

¹⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2, préambule.

²⁰ 87 D.T.C. 5029 (C.S.C.).

²¹ 96 D.T.C. 6121 (C.S.C.).

l'alinéa 20(1)c) L.I.R., le contribuable devait être en mesure de démontrer que l'argent emprunté, auquel le paiement d'intérêts se rattache, était directement lié à une utilisation admissible. Par ailleurs, il a également été déterminé que l'utilisation pertinente est l'utilisation actuelle et non l'utilisation initiale de l'argent emprunté.

On remarquera qu'à la suite de la décision dans l'affaire *Ludco* rendue par la Cour suprême, l'ARC permet aux contribuables d'utiliser une approche plus flexible afin de démontrer que l'argent emprunté est utilisé à une fin admissible (soit le retraçage/lien). En effet, à l'époque pré-*Ludco*, le concept retenu pour démontrer que l'argent emprunté était utilisé à des fins admissibles était appliqué de façon plus restrictive par l'ARC. Dans l'affaire *Ludco*, l'appelant avait cédé à une filiale en propriété exclusive un ensemble de placements, dont des actions de sociétés qui avaient été financées en partie par emprunt. En contrepartie, Ludco a reçu des biens producteurs de revenus et des biens non producteurs de revenus. La Couronne avait pris la position extrême qui suit :

« L'intimée ajoute que même si notre Cour concluait que les frais d'intérêt afférents aux investissements initiaux sont déductibles, Ludco a perdu le droit de les déduire lorsqu'elle a procédé au transfert libre d'impôt de ses actions des Sociétés. Selon elle, il y a eu confusion des fonds au moment du transfert et Ludco ne s'est pas acquittée de son obligation de rattacher les sommes empruntées à une utilisation actuelle admissible²². »

La Cour a répondu ce qui suit :

« Cependant, nulle part dans l'arrêt Tennant notre Cour a-t-elle exigé une correspondance stricte pour assurer le maintien de la déductibilité de l'intérêt après un transfert libre d'impôt. Au contraire, comme il a été mentionné précédemment, notre Cour s'est exprimée en termes généraux, parlant de la nécessité d'« établir un lien » entre le bien initial dont l'utilisation était admissible et le bien actuel dont l'utilisation est admissible. Sur le fondement de cette approche plus souple, je conclus que, bien que les actions des Sociétés aient été réunies à d'autres biens et cédées en tant qu'éléments d'un ensemble de biens, la valeur des actions des Sociétés peut, pour l'application de la disposition relative à la déductibilité de l'intérêt, être rattachée à l'un ou l'autre des biens particuliers obtenus par Ludco à l'issue du transfert libre d'impôt. Dans la présente affaire, le contribuable peut rattacher la valeur des actions des Sociétés à des biens productifs de revenus. Par conséquent, l'appelante a établi l'existence du lien requis²³. »

²² *Ludco*, précité, note 13, 5525.

²³ *Id.*, 5532.

En se fondant sur cette nouvelle approche, le contribuable peut plus facilement rattacher l'argent emprunté à des utilisations admissibles. Selon le *Bulletin d'interprétation* IT-533, la position de l'ARC est maintenant la suivante :

« Dans le cas où un bien acquis avec de l'argent emprunté est remplacé par plus d'un bien, on peut adopter une approche flexible pour établir un lien, comme ce fut le cas dans l'affaire *Ludco*. Selon une approche flexible pour établir un lien, les contribuables peuvent attribuer, à raison d'un dollar pour chaque dollar, l'argent emprunté non remboursé à la valeur des biens de remplacement acquis.

[...]

Exemple 5

La société K achète le bien L au moyen d'un emprunt de 1 000 \$, dont aucune partie n'a été remboursée. La société K vend par la suite le bien L pour la somme de 1 500 \$ et utilise le produit de disposition pour acheter le bien M, au coût de 1 200 \$, et le bien N, au coût de 300 \$.

Selon l'approche flexible pour établir un lien, la société K pourrait choisir que l'utilisation actuelle de l'argent emprunté l'est exclusivement pour le bien M, étant donné que la valeur du bien M est supérieure à la partie non remboursée de l'emprunt (1 000 \$). La société K pourrait également attribuer 30 % (300 \$/1 000 \$) de l'utilisation actuelle de l'argent emprunté au bien N, et le reste (70 %) au bien M.

Si, toutefois, la valeur des biens de remplacement est inférieure au montant de l'argent emprunté non remboursé, on devrait procéder à une répartition au prorata de l'argent emprunté, en fonction de la valeur relative de chaque bien.

Si le bien L était vendu pour la somme de 800 \$ et si le produit de disposition était utilisé pour faire l'acquisition du bien M, au coût de 600 \$, et du bien N, au coût de 200 \$, l'utilisation actuelle de l'argent emprunté serait répartie comme suit : 750 \$ ($600 \$ / 800 \$ \times 1\,000 \$$) pour le bien M et 250 \$ pour le bien N²⁴. »

Cette nouvelle approche adoptée par l'ARC donne de la latitude aux contribuables afin de minimiser leur fardeau fiscal.

Un autre avantage de l'approche plus flexible de retraçage/liens établie par l'arrêt *Ludco* peut être illustré lorsqu'un contribuable utilise un seul compte bancaire dans lequel on retrouve l'argent emprunté ainsi qu'une autre quantité d'argent. La position administrative de l'ARC dans cette

²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2, par. 18.

situation est de permettre au contribuable l'adoption de l'approche flexible du retraçage/lien. Par conséquent, lorsqu'un contribuable doit démontrer que l'argent emprunté est actuellement utilisé à des fins admissibles, le contribuable peut, lorsque l'argent emprunté et une autre quantité d'argent ont été « amalgamés » dans le même compte, allouer en premier l'argent emprunté à des utilisations admissibles. Toutefois, advenant que la somme empruntée excède le total des montants déboursés à des fins admissibles, alors une portion des intérêts payés sur l'argent emprunté ne sera pas déductible. Dans le cadre du *Bulletin d'interprétation* IT-533, l'ARC donne l'exemple suivant :

« Exemple 7

La société Q a un compte dont le solde d'ouverture est égal à zéro à une date donnée. Elle y dépose 100 \$ d'argent emprunté et 200 \$ provenant de ventes non associées à l'argent emprunté antérieurement, achète un bien de 100 \$ (qui, s'il est acheté au moyen d'argent emprunté, pourrait donner lieu à la déductibilité des intérêts) et un autre bien de 200 \$ (qui, même s'il est acheté au moyen d'argent emprunté, ne donnerait pas lieu à la déductibilité des intérêts). Lorsque vient le temps de déterminer l'utilisation de l'argent emprunté, la société Q peut attribuer le montant emprunté, c'est-à-dire 100 \$, au bien de 100 \$ acheté, ce qui fait que les intérêts en cause sont déductibles²⁵. »

Il est très important de noter que l'approche flexible est tributaire de la séquence des transactions et que si l'emprunt décrit dans l'exemple 7 ci-dessus avait été contracté le jour suivant l'achat du bien admissible, le retraçage/lien ne pourrait pas être effectué. À cet égard, nous pouvons lire dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533 que l'ARC est d'avis que la séquence des transactions n'a **généralement** aucune importance si les transactions ont lieu le même jour. Cette politique administrative pourrait mener à des résultats surprenants. Pour reprendre l'exemple 7 ci-dessus, si le bien admissible était acquis à 23 h, à même une partie des fonds de 200 \$ provenant des ventes et que le bien non admissible était par la suite acquis à 1 h le lendemain pour 200 \$, soit à même le montant de 100 \$ encore disponible ainsi qu'à même le produit d'un emprunt de 100 \$, les intérêts sur l'emprunt ne seraient pas déductibles alors que seulement deux heures séparent les transactions. Par contre, si les transactions avaient toutes été effectuées la même journée mais à 20 heures d'intervalle, il semble que l'ARC pourrait considérer les intérêts comme déductibles. Quoi qu'il arrive, il serait prudent de s'assurer que la séquence des transactions soit respectée

²⁵ *Id.*, par. 20.

même si ces dernières étaient conclues au cours de la même journée. Advenant un litige, vous seriez protégé à cet égard.

2.2. MISE À PART DE L'ARGENT

L'ARC confirme dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533 la validité de la technique de la mise à part de l'argent. Cette technique semble prendre sa source dans le fait que les tribunaux ont accepté de respecter les rapports juridiques des transactions effectuées plutôt que leur réalité économique, comme dans l'arrêt *Singleton*. Dans cette affaire, le contribuable, un associé au sein d'un cabinet d'avocats, avait retiré une somme d'argent de son compte de capital de la société afin de financer en partie l'achat d'une maison. Dans la même journée, le contribuable avait versé à son compte de capital une somme, empruntée d'une institution financière, équivalente à celle retirée pour l'achat de la maison. Dans cette affaire, le Ministère argumentait que la réalité économique entourant les opérations était l'emprunt d'une somme d'argent pour acquérir une maison. La Cour suprême a conclu que les tribunaux ne pouvaient pas s'interroger sur la « réalité économique » ou la fin « véritable » de l'opération dans cette affaire et que seules les opérations juridiques devaient être considérées. De plus, selon la Cour, le fait que le contribuable ait structuré ses transactions uniquement à des fins fiscales n'était pas pertinent. Par conséquent, le contribuable était autorisé à déduire ses frais d'intérêt. La technique de mise à part de l'argent consiste par exemple à ouvrir deux comptes de banque. Le premier, où le contribuable dépose les fonds reçus de clients, sert à payer des dépenses non admissibles et le second, où le contribuable dépose les fonds empruntés, sert à payer des dépenses admissibles.

À cet égard, l'ARC a émis une décision anticipée²⁶ favorable en janvier 2003. Il semble que la situation étudiée dans le cadre de cette décision anticipée soit celle d'un particulier exploitant une entreprise et désirant convertir une dépense d'intérêts non déductible (intérêts payés sur un emprunt ayant servi à acquérir une résidence) en une dépense d'intérêts déductible. La technique pour y arriver consistait à utiliser les sommes reçues de clients dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise pour rembourser un emprunt sur lequel la dépense d'intérêts n'était pas déductible et à financer les dépenses d'exploitation de l'entreprise à même une marge de crédit. Cette technique semble s'effectuer de la façon suivante. D'abord, le contribuable négocie avec une institution financière une marge de crédit

²⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0180523, 1^{er} janvier 2003.

pour l'exploitation de son entreprise et ouvre deux comptes de banque. Dans le premier compte de banque, on dépose toutes les sommes reçues de clients de l'entreprise. Le deuxième compte de banque, appuyé par une marge de crédit, sert à payer les dépenses d'exploitation de l'entreprise. Les sommes déposées dans le premier compte servent à payer les dépenses personnelles du contribuable (vêtements, nourriture, vacances, etc.) ainsi qu'à accélérer le remboursement de l'emprunt sur sa résidence personnelle. Une fois que l'emprunt sur la résidence est entièrement remboursé, l'objectif est atteint et le contribuable a effectivement « converti » une dépense d'intérêts non déductible en dépense d'intérêts déductible.

Il est important que cette technique soit appliquée avec précaution. En effet, afin qu'une dépense d'intérêts soit déductible, il faut que celle-ci soit attribuable à un montant emprunté qui est utilisé (*use test*) à une fin admissible. À cet égard, les tribunaux ont indiqué que c'est l'utilisation actuelle et non l'utilisation initiale qui est pertinente afin de déterminer si une dépense d'intérêts est déductible. Normalement, les sommes empruntées pour payer les dépenses courantes d'une entreprise sont considérées comme utilisées à une fin admissible. Les sommes empruntées pour payer les dépenses courantes de l'entreprise (les salaires, l'achat de biens d'inventaire, le loyer, etc.) génèrent habituellement des revenus qui reviennent dans l'entreprise, lorsque les clients de l'entreprise paient leurs factures. On peut alors argumenter que les intérêts payés sur les montants empruntés demeureront déductibles tant et aussi longtemps que ces montants « demeurent » dans l'entreprise, compte tenu de l'approche flexible du retraçage/liens. On remarquera que la notion de *use test* n'a pas été abordée dans le cadre de la décision anticipée émise par l'ARC, ce qui semble surprenant. De plus, il n'y a aucune information dans cette décision nous permettant de déterminer si les montants empruntés sont toujours utilisés à une fin admissible au moment de la déduction des intérêts.

Dans une situation où tous les revenus reçus dans le cadre de l'entreprise sont déposés dans un compte de banque distinct (le « compte excédentaire ») de celui à partir duquel les dépenses d'exploitation sont payées, et que l'argent du compte excédentaire est utilisé pour rembourser un emprunt effectué pour l'achat d'une résidence, il pourrait être difficile d'établir que le *use test* est respecté afin de déterminer si les intérêts sont déductibles. En effet, quelle est l'utilisation actuelle des fonds empruntés dans le cadre de la technique de la mise à part de l'argent? Dans la situation où il n'y a que peu d'actifs dans l'entreprise et que la valeur totale des actifs de l'entreprise est inférieure au montant de l'emprunt, il pourrait être difficile de démontrer que l'argent emprunté est toujours « utilisé » afin de gagner un revenu, surtout dans la situation où toutes les sommes reçues de clients ont été retirées de

l'entreprise par son propriétaire à des fins personnelles. La flexibilité établie par l'arrêt *Ludco* à l'égard du retraçage/lien a des limites qui pourraient être franchies dans une telle situation particulière. Évidemment, on pourrait argumenter que cette situation n'est pas tellement différente de celle où l'emprunt aurait servi à financer des pertes d'exploitation puisque, dans ce dernier cas, la valeur des actifs de l'entreprise pourrait également être inférieure aux emprunts effectués. Or, dans un tel cas, il est généralement accepté que le calcul du revenu de l'entreprise pourra tenir compte d'une déduction des intérêts payés.

Compte tenu de ce qui précède, cette technique devrait être utilisée avec prudence et l'obtention d'une décision anticipée pourrait être souhaitable, spécialement dans les circonstances où les actifs de l'entreprise deviennent inférieurs aux emprunts effectués dans le cadre de la technique.

2.3. BILLET ÉMIS POUR RACHETER DES ACTIONS

Un contribuable peut généralement déduire les intérêts rattachés à un billet émis lors de l'achat d'un bien advenant que les conditions du sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. soient satisfaites :

« 20(1)c)

c) Intérêts — la moins élevée d'une somme payée au cours de l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu) et d'une somme raisonnable à cet égard, en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur :

(i) [...]

(ii) une somme payable pour un bien acquis en vue d'en tirer un revenu ou de tirer un revenu d'une entreprise (à l'exception d'un bien dont le revenu serait exonéré ou à l'exception d'un bien représentant un intérêt dans une police d'assurance-vie), [...]. » (Notre soulignement)

Dans la décision *Penn Ventilator Canada Ltd. c. La Reine*²⁷, la Cour canadienne de l'impôt s'est penchée sur la question à savoir si les intérêts payés sur un billet émis à la suite du rachat d'actions étaient déductibles en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R. Dans cette affaire, le contribuable avait dû procéder au rachat d'une partie de ses actions, compte tenu d'une entente de règlement intervenue entre les actionnaires de Penn Ventilator

²⁷ 2002 D.T.C. 1498 (C.C.I.) (ci-après « *Penn Ventilator* »).

Canada Ltd. mettant un terme à un litige les opposant. En considération du rachat de ses actions, le contribuable a émis un billet portant intérêt. Dans le cadre de son analyse, la juge Lamarre-Proulx convient que l'émission d'un billet à la suite du rachat d'actions est une situation similaire à celle concernant l'affaire *Trans-Prairie Pipelines Ltd. c. MRN*²⁸. Par conséquent, la Cour est d'avis que le concept de « combler le vide » élaboré dans l'affaire *Trans-Prairie* trouve application et qu'il ne devrait pas y avoir de différence entre emprunter une somme d'argent pour procéder au rachat d'actions et/ou émettre un billet à la même fin. La juge Lamarre-Proulx a fait les commentaires suivants :

« [74] I agree that the redeemed shares are not income producing property, but subparagraph 20(1)(c)(ii) is not limited to that aspect. Property may be acquired for the purpose of gaining or producing income from a business.

[75] Considering that the promissory note issued for the redemption of the shares replaced the paid-up capital and the retained earnings that were used in the business and considering that there was an acquisition of property in such a manner, I therefore conclude that there was an acquisition of property that had for purpose the gaining or producing income from a business within the meaning of 20(1)(c)(ii) of the Act, and that the interest expense on the promissory note may accordingly be deducted²⁹. »

Selon le *Bulletin d'interprétation* IT-533, toute dépense d'intérêts sur un billet émis dans le cadre d'un rachat d'actions serait déductible dans la mesure où le montant du billet égale la valeur du capital afférent aux actions rachetées.

« Conformément à la décision rendue dans l'affaire *Penn Ventilator*, lorsqu'un billet est émis pour acheter et annuler ou racheter des actions, les frais d'intérêt peuvent être déductibles en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(ii) dans la mesure où les intérêts sur le montant du billet émis tombent dans les limites prévues au numéro 23 pour le rachat d'actions. L'intérêt sur les billets émis pour le versement de dividendes ou le remboursement de capital ne serait pas déductible, étant donné qu'aucun bien n'est acquis en pareil cas, comme l'exige le sous-alinéa 20(1)c)(ii)³⁰. »

Il semble que la position décrite dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533 soit plus permissive que les lignes directrices données par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Penn Ventilator*. En effet, pour qu'une

²⁸ [1970] C.T.C. 537 (C. de l'É.) (ci-après « *Trans-Prairie* »).

²⁹ *Penn Ventilator*, précité, note 27, 1509.

³⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 2, par. 29.

dépense d'intérêts soit déductible en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R., il faut que celle-ci soit rattachée à un montant à payer relatif à un bien acquis en vue **d'en tirer** un revenu ou de tirer un revenu d'une entreprise. Par conséquent, pour qu'un contribuable soit autorisé à déduire la dépense d'intérêts, il faut qu'il soit en mesure de démontrer qu'il a acquis le bien faisant l'objet du solde de prix de vente en vue de tirer un revenu **de ce bien** ou en vue d'en tirer un revenu d'une entreprise. Une lecture littérale du sous-alinéa 20(1)c)(ii) L.I.R., compte tenu que les actions sont automatiquement annulées au moment du rachat, semble empêcher toute déductibilité d'intérêts si l'émetteur ne tire que du revenu de biens (plutôt que du revenu d'entreprise). Dans l'affaire *Penn Ventilator*, la Cour canadienne de l'impôt a clairement indiqué que les actions rachetées ne peuvent pas être vues comme génératrices de revenus. Or, le *Bulletin d'interprétation* IT-533 ne fait aucunement mention du fait que la position pourrait ne pas être applicable dans la situation où la société n'exploite pas d'entreprise. Il est intéressant ici de soulever la distinction entre le paragraphe 28 du bulletin dans sa version française comparativement à la version anglaise.

« 28. L'expression « en vue d'en tirer un revenu ou de tirer un revenu d'une entreprise » au sous-alinéa 20(1)c)(ii) a la même signification que l'expression « en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien » au sous-alinéa 20(1)c)(i). Comme c'est le cas pour l'argent emprunté, aucune déduction n'est permise pour de l'intérêt dans le cas d'une somme payable pour l'acquisition d'un bien dont le revenu serait exonéré ou d'un intérêt dans une police d'assurance-vie — voir le numéro 11³¹. » (Notre soulignement)

« 28. The phrase "purpose of gaining or producing income" in subparagraph 20(1)(c)(ii) is considered to have the same meaning as the phrase "purpose of earning income" in subparagraph 20(1)(c)(i). As is the case with borrowed money, no deduction is permitted for interest on an amount payable to acquire property the income from which would be exempt or to acquire an interest in a life insurance policy — see paragraph 11³². »

Contrairement à la version anglaise, la version française du bulletin semble affirmer que la notion « en vue d'en tirer un revenu » signifie la même chose que la notion « en vue d'en tirer un revenu d'un bien ». En réalité, ces deux expressions ont une signification très différente. En effet, dans la première situation, l'expression signifie qu'il faut tirer un revenu du bien faisant l'objet du solde de prix de vente, alors que dans la seconde situation, le revenu peut être tiré de n'importe quel bien. À la suite de nos

³¹ *Id.*, par. 28.

³² *Id.*, version anglaise.

discussions avec un représentant de l'ARC, il semble qu'une erreur se soit glissée dans la version française du paragraphe 28 et qu'il faille retenir la version anglaise de ce paragraphe.

Dans la situation où un contribuable qui n'exploite pas d'entreprise désire se prévaloir de la position administrative de l'ARC, il serait fortement recommandé d'obtenir une décision anticipée.

3. ARTICLE 3.1 PROPOSÉ

L'article 3.1 a été proposé par le ministère des Finances du Canada il y a moins d'un an et déjà il a fait l'objet de maints écrits et commentaires de la part des contribuables, écrits et commentaires qui n'étaient pas toujours très élogieux! La période de consultation relative à l'article 3.1 proposé s'est terminée le 31 août 2004. Plusieurs questions d'intérêt ont été soulevées lors de cette période de consultation. M. Lawrence Purdy du ministère des Finances du Canada en fera état dans la prochaine partie.

PARTIE B

Consultations sur les propositions du 31 octobre 2003

Lawrence Purdy, avocat
Ministère des Finances du Canada

AVANT-PROPOS

Dans le cadre de notre congrès 2004, le ministère des Finances du Canada, par le biais de son représentant, M^e Lawrence Purdy, a participé à la conférence portant sur la déductibilité des intérêts et des pertes. Pour faire état des consultations entreprises par le Ministère, il a présenté le « Top 9 » des questions posées. Bien que le Ministère ne soit pas en mesure de fournir des réponses écrites à ces questions, elles ont fait l'objet de discussions entre M^e Purdy et M. Alain Léonard. Nous croyons pertinent de reproduire ci-après ces questions.

1. LE « TOP 9 » DES QUESTIONS POSÉES

9

Est-ce que ces propositions imposeraient un **fardeau excessif** au contribuable, en particulier aux PME, qui auraient vraisemblablement de la difficulté à étayer l'expectative de réaliser un bénéfice cumulatif?

8

Est-il juste de qualifier ces mesures de restauration du *statu quo* antérieur; ne seraient-elles pas plutôt un **changement fondamental de la loi**?

7

Comment l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») pourrait-elle maintenir sa position traditionnelle à l'égard de la déductibilité des intérêts sur les emprunts utilisés pour acheter des **actions ordinaires**?

6

Même si le Ministère réussit à ne codifier que le sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ comme elle se comprenait avant les décisions *Ludmer c. MRN*² et *Stewart c. Canada*³, ne risque-t-il pas de provoquer une **nouvelle agressivité de la part de l'ARC**?

5

Pourquoi ne pas permettre au contribuable de **reporter une perte** dont la déduction est empêchée par l'article 3.1 L.I.R.?

4

Ces règles seront rétroactives. Ne serait-il pas approprié d'offrir une période de grâce ou **des règles transitoires**?

3

Est-ce que le problème de base, selon le Ministère, est l'asymétrie entre la déductibilité intégrale des pertes et **l'imposition partielle des gains en capital**?

2

Les personnes ne dépensent de l'argent qu'en vue de le faire fructifier (revenu ou gain), à moins qu'elles n'aient un motif personnel pour la dépense. **Y a-t-il réellement un problème** dans la loi actuelle?

1

Il semble que le gouvernement pourrait atteindre ses buts d'une façon plus ciblée : **pourquoi ne pas faire le minimum** en soulignant que le terme « revenu » constitue un concept **net** duquel les gains en capital sont exclus?

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

² 2001 D.T.C. 5505 (C.S.C.).

³ [2002] C.S.C. 46.

2. QUESTIONS ADDITIONNELLES

Pourquoi ne pas limiter les restrictions aux **dépenses d'intérêts**, par exemple?

Y aurait-il lieu de considérer certaines approches ciblées comme plus simples, par exemple, l'approche adoptée lors du **Budget 2004 par le ministère des Finances du Québec** quant à la limitation des frais de placements?

3. BÉNÉFICE CUMULATIF

- a) Est-ce une notion de bénéfice fiscal (par. 9(1) L.I.R.) ou bénéfice selon les principes commerciaux reconnus?
- b) Pourquoi requiert-on de remplir ce test au cours de chaque année d'imposition plutôt que dans l'an 1 seulement? Une mauvaise conjoncture de l'an 1 peut faire en sorte d'éliminer le droit de réclamer les pertes subséquemment!
- c) Cette approche n'est pas nécessairement celle suivie par les gens d'affaires, qui réfléchissent souvent en ce qui a trait à la valeur actualisée ou, tout simplement, par intuition.

Quels sont vos commentaires?

L'application **bien par bien** et entreprise par entreprise n'est-elle pas trop lourde et inéquitable?

Est-ce que la « **judiciarisation** » additionnelle en vaut la chandelle?

- a) notion de bénéfice cumulatif sous réserve de litiges;
- b) période de détention sous réserve de litiges.

POT-POURRI FISCAL



Manon Thivierge
Avocate
Heenan Blaikie s.r.l.



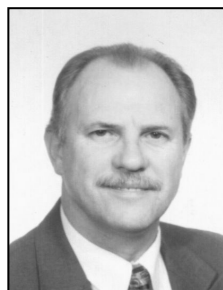
Nancy Bélanger
Notaire, M. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Marie-Josée Jalbert
CA, M. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Claude P. Desaulniers
Avocat
McCarthy Tétrault
s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Serge-Hugues Ouimet
CA
BDO Dunwoody s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (MANON THIVIERGE)

La taxe sur le capital : mise à jour et récents développements

INTRODUCTION	25:7
1. MODIFICATIONS LÉGISLATIVES	25:7
1.1. BUDGET 2004-2005	25:7
1.2. <i>BULLETIN D'INFORMATION</i> 2004-6	25:8
2. POSITIONS ADMINISTRATIVES	25:12
2.1. AIDE GOUVERNEMENTALE	25:12
3. JURISPRUDENCE RÉCENTE	25:12
3.1. CHÈQUE EN CIRCULATION	25:12
3.2. NOTION DE « PRÊT OU AVANCE »	25:14
3.3. NOTION D'ÉTABLISSEMENT	25:22
CONCLUSION	25:26

PARTIE B (NANCY BÉLANGER ET MARIE-JOSÉE JALBERT)

Fiducie et règle d'attribution du paragraphe 75(2) de la
Loi de l'impôt sur le revenu

INTRODUCTION	25:27
1. ANALYSE TECHNIQUE	25:28
1.1. PRÉAMBULE DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R.	25:28
1.1.1. « En vertu d'une fiducie »	25:29
1.1.2. Définition du mot « bien »	25:30
1.1.3. Détention de biens	25:31
1.2. L'ALINÉA 75(2)A) L.I.R.	25:34
1.2.1. Sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R.	25:34
1.2.2. Sous-alinéa 75(2)a)(ii) L.I.R.	25:43
1.3. L'ALINÉA 75(2)B) L.I.R.	25:45
1.3.1. « Pendant l'existence de la personne »	25:45
1.3.2. Le consentement ou les instructions du disposant	25:46
1.4. PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. <i>IN FINE</i>	25:49
1.4.1. Revenus, pertes, gains en capital et pertes en capital du disposant	25:50

1.4.2.	Application durant l'existence de la personne et pendant qu'elle réside au Canada.....	25:51
1.5.	PARAGRAPHE 107(4.1) L.I.R.....	25:52
1.6.	PARAGRAPHES 75(2) ET 105(1) L.I.R.....	25:55
2.	L'ÉQUIVALENT PROVINCIAL DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R., L'ARTICLE 467 DE LA LOI SUR LES IMPÔTS	25:56
2.1.	« UN BIEN QUI A ÉTÉ CÉDÉ PAR UNE PERSONNE »	25:56
2.2.	« UNE FIDUCIE CRÉÉE DEPUIS 1934 »	25:57
2.3.	« IL PEUT RETOURNER AU CÉDANT »	25:57
2.4.	« IL NE PEUT ÊTRE ALIÉNÉ TOUT AU LONG DE L'EXISTENCE DU CÉDANT SANS SON CONSENTEMENT »	25:58
2.5.	HARMONISATION.....	25:58
3.	L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. À QUELQUES CAS PRATIQUES	25:58
3.1.	LA VENTE D'UN BIEN PAR UN FIDUCIAIRE	25:58
3.2.	VENTE PAR UN TIERS	25:59
3.3.	POSSIBILITÉ DU DISPOSANT DE DEVENIR FIDUCIAIRE	25:60
3.4.	FIDUCIE CRÉÉE POUR LE PAIEMENT D'UNE PENSION ALIMENTAIRE	25:60
	CONCLUSION	25:61

PARTIE C (CLAUDE P. DESAULNIERS)

La législation rétroactive, une arme à deux tranchants

	INTRODUCTION	25:62
1.	RÉTROACTIVITÉ ET RÉTROSPECTIVITÉ	25:62
2.	PRÉSUMPTION DE NON-RÉTROACTIVITÉ	25:63
3.	RÉTROACTIVITÉ DES LOIS FISCALES	25:64
4.	APPLICATIONS PRATIQUES	25:69
4.1.	L'AFFAIRE <i>B.C. FERRY ET AUTRES C. LA REINE</i> ET LA <i>LOI SUR LA TAXE D'ACCISE</i>	25:70
4.2.	L'AFFAIRE <i>COMMISSION SCOLAIRE DES CHÊNES ET AUTRES C. LA REINE</i> ET L'AFFAIRE <i>COMMISSION SCOLAIRE DES CHÊNES ET AUTRES C. SMRQ</i> ET LA <i>LOI SUR LA TAXE D'ACCISE</i> ET LA <i>LOI SUR LE MINISTÈRE DU REVENU</i>	25:71
4.3.	L'AFFAIRE <i>VILLE DE CHARLESBOURG ET VILLE DE SAINT-ÉMILE C. SMRQ</i> ET LA <i>LOI SUR LA TAXE DE VENTE DU QUÉBEC</i>	25:72

4.4.	SERVICES MUNICIPAUX DE TRANSPORT	25:73
4.5.	RGAE	25:73
4.6.	L'AFFAIRE <i>LA REINE C. MARKEVICH</i> ET PRESCRIPTION	25:74
5.	COMMENTAIRES	25:75
	CONCLUSION	25:76

PARTIE D (SERGE-HUGUES OUMET)

Limite à la déduction des frais de placements au Québec – Budget 2004

	INTRODUCTION	25:77
1.	LIMITE À LA DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE PLACEMENTS	25:77
1.1.	FRAIS DE PLACEMENTS	25:78
1.2.	REVENUS DE PLACEMENTS	25:79
1.3.	CALCUL DES FRAIS DE PLACEMENTS DÉDUCTIBLES POUR UNE ANNÉE D'IMPOSITION	25:80
1.4.	AUTRES MODALITÉS	25:80
1.5.	DATE D'APPLICATION	25:81
2.	ABSURDITÉ DE CETTE NOUVELLE MESURE	25:81
2.1.	COMPLEXITÉ ACCRUE	25:82
3.	MESURE JUGÉE VRAISEMBLABLE, MAIS ÉVIDENTE ET INSIGNIFIANTE	25:83
3.1.	ANALYSE DE L'IMPACT FISCAL	25:83
3.2.	FRAIS DE PORTEFEUILLE	25:84
3.3.	APPLICATION POUR L'ANNÉE 2004	25:84
3.4.	DÉPART DU QUÉBEC	25:85
3.5.	ACTIONNAIRE D'UNE SOCIÉTÉ PRIVÉE	25:85
3.6.	PERTE AU TITRE DE PLACEMENT ADMISSIBLE	25:85
3.7.	PNCP	25:85
3.8.	GAIN EN CAPITAL ADMISSIBLE À L'EXEMPTION POUR GAIN EN CAPITAL	25:86
3.9.	FIDUCIE	25:86
3.10.	FORMULAIRE DE REPORT DES FRAIS DE PLACEMENTS	25:86
4.	MESURE JUGÉE IMPORTANTE POUR NOS CLIENTS ET ON VEUT EN TIRER PARTIE	25:87
4.1.	FRAIS DE DÉTENTION DE PORTEFEUILLE	25:87
4.2.	INVESTISSEMENT DANS UNE SOCIÉTÉ PRIVÉE	25:87
4.3.	TRANSFERT À UNE SOCIÉTÉ DE GESTION	25:88

4.4. IDENTIFICATION DES CLIENTS QUI SERONT ASSUJETTIS À
CETTE NOUVELLE MESURE..... 25:88

4.5. FACILITÉ DU CALCUL DE LA MESURE..... 25:88

CONCLUSION 25:89

PARTIE A

La taxe sur le capital : mise à jour et récents développements

Manon Thivierge, avocate
Heenan Blaikie s.r.l.

INTRODUCTION

Le but du texte que j'avais produit dans le cadre du pot-pourri fiscal présenté au Congrès de 2003 était de fournir une perspective d'avenir en matière de taxe sur le capital. J'avais prédit que nous devrions observer ce qui se passerait dans le domaine de l'impôt des grandes sociétés afin de prévoir les prochains développements en ce qui concerne la taxe sur le capital du Québec.

Cette année, je vais me contenter de décrire les nouveaux développements en matière de taxe sur le capital au cours de la dernière année. Néanmoins, il est intéressant de noter que la plus importante modification législative au cours des 12 derniers mois fait suite à une décision de la Cour d'appel fédérale portant sur l'impôt de la Partie I.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹.

1. MODIFICATIONS LÉGISLATIVES

1.1. BUDGET 2004-2005

Le 1^{er} novembre 2001, le ministre des Finances introduisait une nouvelle déduction dans le calcul du capital versé², que l'on retrouve au sous-paragraphe 1137 b.1.2) de la *Loi sur les impôts*³. Cette déduction devait être augmentée progressivement, puisqu'elle était initialement de 250 000 \$ en 2003 et devait atteindre 1 M\$ en 2006. Dans le Budget 2002-2003, le ministre des Finances annonçait également une réduction progressive du taux de la taxe sur le capital, lequel était réduit à 0,6 % à partir du 1^{er} janvier 2003, et devait atteindre un taux de 0,3 % le 1^{er} janvier 2007.

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

² QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2002-2003, Renseignements supplémentaires sur les mesures du budget*, 1^{er} novembre 2001, p. 9 (ci-après « Budget 2002-2003 »).

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

Lors d'un colloque organisé par l'Association de planification fiscale et financière en février 2003, j'avais indiqué qu'il serait intéressant de suivre ces mesures afin de vérifier si les engagements annoncés dans le Budget 2002-2003 seraient mis en œuvre dans les délais promis⁴. Mon scepticisme s'est avéré partiellement fondé. Ainsi, le 12 juin 2003⁵, le ministre des Finances annonçait que les réductions des taux de la taxe sur le capital qui devaient entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2004 étaient suspendues. Le taux est donc présentement de 0,6 % et demeurera à 0,6 % jusqu'à nouvel ordre. Toutefois, il est important de souligner que la déduction de 500 000 \$ qui devait s'appliquer à compter du 1^{er} janvier 2004 a été augmentée à 600 000 \$ lors du Budget 2003-2004. Mieux encore, cette déduction a été augmentée à 1 M\$⁶ pour l'année civile 2005 lors du dernier budget provincial⁷. Il est à espérer que le Ministre ne changera pas d'idée entre-temps.

1.2. BULLETIN D'INFORMATION 2004-6

L'an dernier, je soulignais que s'il y a une question où l'attitude des tribunaux en matière d'impôt des grandes sociétés risque d'avoir un effet important sur le développement du régime québécois de la taxe sur le capital, c'est dans l'application de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »). En effet, afin de minimiser les coûts associés à la taxe sur le capital du Québec, il n'est pas rare pour une société de tenter d'augmenter sa déduction pour placements en procédant à la conversion de ses placements non admissibles en investissements admissibles immédiatement avant la fin de son année d'imposition⁸. Cependant, Revenu Québec a invoqué à maintes reprises la possibilité d'appliquer la RGAÉ à la conversion de placements

⁴ Manon THIVIERGE, « Qu'est-ce qui attend le praticien : une perspective de l'avenir », dans *Colloque – La taxe sur le capital : où en sommes-nous?*, 127, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 5:1-45.

⁵ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2003-2004, Renseignements additionnels sur les mesures fiscales*, 12 juin 2003, p. 119 (ci-après « Budget 2003-2004 »).

⁶ Il est important de souligner que la réduction de la déduction en fonction de la taille de la société continue de s'appliquer. De façon pratique, cette réduction signifie que la déduction n'est pas disponible lorsque le capital versé de l'année précédente excède un montant égal à quatre fois le montant de la déduction maximale pour l'année en cours.

⁷ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2004-2005, Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 30 mars 2004, p. 74.

⁸ Sous réserve des restrictions prévues quant à la période de détention des placements admissibles.

non admissibles en investissements admissibles en fin d'exercice financier⁹. Or, la première décision de la Cour canadienne de l'impôt visant l'application de la RGAÉ à une telle planification¹⁰ a récemment été confirmée par la Cour d'appel fédérale¹¹. Les faits de l'affaire *Imperial Oil* se résument comme suit.

L'exercice financier de Imperial Oil se terminait le 31 décembre de chaque année. Les 30 novembre, 1^{er} décembre et 2 décembre 1993, l'appelante avait effectué des prêts de 100 M\$, 200 M\$ et 200 M\$ respectivement à d'autres sociétés qui n'étaient pas des institutions financières¹² au sens de la Partie I.3 L.I.R., lesquels prêts étaient remboursables le 4 janvier 1994. Dans chaque cas, l'emprunteur était affilié à une banque à charte canadienne, soit une institution financière, et le prêt était garanti par ladite institution financière. Les prêts avaient été structurés de façon à s'assurer que Imperial Oil puisse bénéficier de la déduction pour placements prévue au paragraphe 181.2(4) L.I.R.

Sur la base de ce qui précède, et en appliquant les règles établies par la Cour d'appel fédérale dans *OSFC Holdings Ltd. c. La Reine*¹³ relativement à l'application de la RGAÉ, le juge Mogan de la Cour canadienne de l'impôt n'a pas eu de difficulté à conclure que les prêts donnaient lieu à un avantage fiscal pour l'appelante. De plus, il a jugé qu'il s'agissait d'une opération d'évitement puisque les prêts avaient été structurés principalement afin d'obtenir un avantage fiscal. À cet égard, les notes de service internes et les opinions juridiques obtenues par l'appelante ont semblé jouer un rôle déterminant afin d'établir le but visé par les prêts. Cependant, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que cette opération d'évitement n'entraînait

⁹ Voir, par exemple, *Collection fiscale* (CD-ROM), Longueuil, Publications CCH, interprétations techniques 95-010062, 5 mai 1995 et 95-011377, 6 mars 1996. Pour un autre exemple où Revenu Québec considère qu'il serait approprié d'appliquer la RGAÉ en matière de taxe sur le capital, voir interprétations techniques 97-010727, 9 décembre 1997; 97-011308, 29 octobre 1998 et 98-010446, 24 novembre 1998.

¹⁰ *Imperial Oil Limited c. La Reine*, 2002 D.T.C. 1954 (C.C.I.) (ci-après « *Imperial Oil* »).

¹¹ 2004 D.T.C. 6044 (C.A.F.).

¹² Le capital assujéti à l'impôt des grandes sociétés applicable aux institutions financières est calculé sur une base différente que celle des autres sociétés. Par conséquent, l'alinéa 181.2(4)a) L.I.R. n'accorde pas de déduction pour placements dans le cas d'un prêt consenti à une institution financière. Cependant, cette restriction ne s'applique pas aux sociétés affiliées à une institution financière.

¹³ 2001 D.T.C. 5471 (C.A.F.).

pas d'abus dans l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et a donc refusé d'appliquer la RGAÉ. En effet, on ne saurait déterminer qu'il y a eu abus à moins que l'on soit en mesure d'identifier une politique fiscale claire et non ambiguë pouvant faire l'objet d'un tel abus. En l'occurrence, monsieur le juge Mogan n'a pas trouvé de telle politique qui aurait justifié l'application de la RGAÉ. Au contraire, il souligne que le contribuable n'a fait qu'accepter l'invitation incluse dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* de privilégier certains types d'investissements plutôt que d'autres. Toutefois, le juge Mogan est allé encore plus loin en justifiant sa décision par le fait que : i) les prêts ne représentaient pas un changement significatif dans la stratégie de placement de l'appelante; et ii) aucune preuve n'avait été déposée par l'intimé que le montant de ces prêts n'avait pas été inclus dans le calcul du capital des emprunteurs.

Ainsi, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que la politique fiscale sous-jacente à la déduction pour placements est d'éviter la double imposition et puisque aucune preuve n'avait été présentée selon laquelle les sociétés emprunteuses étaient exemptées de l'impôt des grandes sociétés, le juge Mogan en conclut que la RGAÉ ne saurait être applicable dans les circonstances. Ces commentaires relatifs à l'inclusion possible du montant des prêts dans le capital des sociétés emprunteuses pouvaient nous laisser craindre que la Cour ouvre la porte à l'application de la RGAÉ dans le cas contraire. Or, les régimes de l'impôt des grandes sociétés et de la taxe sur le capital du Québec comportent plusieurs situations où la double imposition n'est pas évitée¹⁴.

Heureusement, la Cour d'appel fédérale a déterminé que le paragraphe 181.2(4) L.I.R. avait pour but d'éviter une double imposition **potentielle**. Ainsi, même s'il avait été démontré que les sociétés emprunteuses n'avaient jamais inclus le montant des prêts dans le calcul de leur capital pour le motif que leur année d'imposition ne correspondait pas à celle de Imperial Oil, la Cour d'appel fédérale n'a pas eu de difficulté à conclure que la RGAÉ n'était pas applicable dans les circonstances pour les motifs suivants :

- Les prêts ne contrevenaient pas à la politique fiscale sous-jacente à la règle voulant qu'un prêt à court terme à une institution financière ne donne pas lieu à la déduction pour placements.

¹⁴ Au Québec, il suffit de penser aux soldes de prix de vente qui ne sont pas nécessairement déductibles dans le calcul du capital versé, mais qui sont automatiquement inclus dans le capital versé du débiteur si la dette existe depuis plus de six mois.

- Étant donné que les prêts n'avaient pas été accordés à une institution financière, Imperial Oil n'avait donc pas fait indirectement ce qu'elle n'avait pas le droit de faire directement.
- Les prêts avaient été faits selon les normes commerciales, sans élément artificiel, aux fins fiscales et commerciales.

Enfin, la Cour d'appel fédérale a entériné le commentaire du juge Mogan lorsqu'elle précise que « [t]he scheme established by Parliament thus virtually invited the use of different corporate fiscal year ends as the basis for the calculation of taxable capital ». Dans un tel contexte, il n'est pas surprenant que la Cour ait rejeté l'appel de la Couronne.

Par suite de cette décision, le ministère des Finances du Québec a choisi d'introduire un ajustement à la règle de détention de titres à court terme en matière de taxe sur le capital¹⁵. Ainsi, pour les années d'imposition qui se terminent à compter du 30 juin 2004, les règles suivantes seront applicables :

- Les actions des banques, ainsi que celles des sociétés qui sont liées à des banques ou à des caisses d'épargne et de crédit¹⁶, sont dorénavant assujetties à la règle de détention minimale de 120 jours.
- Les prêts et avances à des sociétés liées à des banques ou à des caisses d'épargne et de crédit sont également assujettis à la règle de détention minimale de 120 jours.

Le ministère des Finances du Québec a donc choisi de modifier la *Loi sur les impôts* en vue de contrer les structures corporatives qui avaient été mises en place afin de permettre à des sociétés de bénéficier de la déduction pour placements à l'égard de sommes prêtées à court terme à une filiale d'une institution financière, lequel prêt était garanti par l'institution financière elle-même. Le risque commercial pour le contribuable d'effectuer un tel prêt était évidemment minime, alors que l'avantage fiscal qu'il pouvait

¹⁵ QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2004-6, « Modifications d'ordre technique concernant notamment l'impôt minimum de remplacement, le Régime d'investissement coopératif et la taxation des boissons alcooliques », 30 juin 2004.

¹⁶ Pour l'application de ces règles, une société ne sera pas considérée liée à une banque ou à une caisse d'épargne et de crédit si elle n'est pas liée à une telle institution financière au cours de la période de détention de 120 jours du placement, comprenant la fin de l'année d'imposition de la société détenant le placement.

en tirer était substantiel, particulièrement pour une société ayant un établissement au Québec. Par suite du *Bulletin d'information* 2004-6, il est probable que l'on constatera une réduction dans l'utilisation d'une telle structure corporative.

2. POSITIONS ADMINISTRATIVES

2.1. AIDE GOUVERNEMENTALE

Le 30 juillet 2004, Revenu Québec publiait le nouveau *Bulletin d'interprétation* IMP.1136-16/R1 à l'égard du traitement fiscal de l'aide gouvernementale, sous forme de subvention ou de prêt, dans le contexte de la taxe sur le capital¹⁷. Cependant, une lecture attentive de ce nouveau bulletin permet de constater que la politique de Revenu Québec relative au traitement fiscal de l'aide gouvernementale n'a pas changé au cours des 12 dernières années. La publication de ce nouveau bulletin ne constitue donc qu'un exercice de « housekeeping » de la part de Revenu Québec, qui a effectué certains ajustements pour tenir compte, *inter alia*, de modifications législatives introduites depuis 1992¹⁸.

3. JURISPRUDENCE RÉCENTE

3.1. CHÈQUE EN CIRCULATION

Revenu Québec est régulièrement appelé à se prononcer sur la nature de certaines dettes afin d'établir si elles doivent être incluses dans le calcul du capital versé en vertu du paragraphe 1136 1) L.I. Ainsi, Revenu Québec considère depuis longtemps qu'un découvert réel en banque doit être inclus dans le calcul du capital versé en vertu du sous-paragraphe 1136 1)d), puisqu'il s'agit fondamentalement d'une dette de la nature d'un prêt bancaire¹⁹. Toutefois, Revenu Québec a récemment qualifié cette position en indiquant qu'un découvert réel en banque ne sera inclus dans le calcul du capital versé d'une société que dans la mesure où un montant est montré à

¹⁷ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-16/R1, « Taxe sur le capital », 30 juillet 2004, lequel remplace le *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-16 publié le 30 juin 1992.

¹⁸ Par exemple, le sous-paragraphe 1136 1)c) L.I. a été modifié en 1997 pour préciser son application à des dettes garanties, **en totalité ou en partie**, par un bien de la société.

¹⁹ Voir notamment REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1136-19, « Découvert en banque », 31 juillet 1998.

titre de découvert de banque aux états financiers préparés conformément aux principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR »)²⁰. Revenu Québec a également confirmé que le *Bulletin d'interprétation* IMP.1136-19 serait prochainement modifié afin de refléter cette nouvelle position.

En ce qui concerne le découvert bancaire représenté par le seul montant des chèques en circulation, Revenu Québec est d'avis que son traitement est fonction de la nature des dettes pour lesquelles les chèques ont été émis. Par exemple, le montant d'un tel découvert pourra être inclus dans le capital versé si les chèques ont été émis en vue de rembourser une dette de plus de six mois. Néanmoins, le montant inclus dans le capital versé ne saurait excéder le montant montré aux états financiers à titre de découvert de banque²¹.

On peut se demander si cette politique de Revenu Québec pourrait être remise en question par suite de la récente décision de la Cour canadienne de l'impôt dans *Canadian Forest Products Ltd. c. La Reine*²². Dans cette affaire, le montant des chèques en circulation à la fin de l'année d'imposition 1997 de l'appelante excédait le montant qui se trouvait dans son compte bancaire. Ainsi, l'intimée prétendait que le montant des chèques en circulation devait être inclus dans le calcul du capital de l'appelante à titre de prêt consenti par la banque à l'appelante. Le fondement de cette prétention peut se résumer comme suit. En common law, la remise d'un chèque à un créancier constitue un paiement par le débiteur, conditionnel à ce que le chèque soit honoré par la banque. L'appelante devait donc s'attendre à ce que le chèque soit encaissé; or, s'il n'y avait pas suffisamment de liquidités dans le compte bancaire pour honorer le chèque, il était raisonnable de conclure que l'appelante serait contrainte d'utiliser sa marge de crédit, faisant en sorte qu'un prêt était consenti par la banque.

« [86] In the case at bar, the bank has promised to make money available to the Appellant by way of a line of credit or overdraft. A line of credit is an arrangement by which a bank or supplier extends a specified amount of credit to a specified borrower for a specified time period. It is an agreed overdraft facility to deal with fiscal fluctuations and is a binding promise to lend funds. See *Autobus Thomas Inc.* at paragraph 5. »

²⁰ *Collection fiscale, op. cit.*, note 9, interprétation technique 01-010069, 17 juillet 2001. Dans le cas présenté à Revenu Québec, les dépôts en circulation excédaient le découvert de banque, de sorte qu'aucun montant n'était présenté aux états financiers à titre de découvert bancaire.

²¹ *Collection fiscale, op. cit.*, note 9, interprétation technique 02-010519, 26 juin 2002.

²² 2004 D.T.C. 2869 (C.C.I.) (ci-après « *Canadian Forest* »).

Le juge Margeson n'a pas retenu cette interprétation de l'expression « prêt ou avance » et il conclut comme suit :

« [148] The Court does not accept the argument that because the Appellant intended the cheque to be payment to the supplier, the recipient expected payment and the bank had bound itself by its separate contract to extend credit when called upon to do so, that this created a "loan or advance" as suggested by the Respondent.

[...]

[155] This Court is prepared to accept the finding that no liability exists between the bank and its customer, the taxpayer in this case, until such time as the bank accepts the cheque for payment or the account goes into overdraft and the taxpayer is required to call upon the line of credit to honour these cheques. The mere presentation of a cheque by the taxpayer to its credit does not create bank indebtedness when using the plain meaning of the words "loans and advances". There is no "loan" or "advance" until the bank says there is and the bank has not done so in this case. »

Quelles sont les implications de l'affaire *Canadian Forest* aux fins de la taxe sur le capital? Doit-on distinguer cette décision pour le motif qu'en droit civil, le chèque en circulation n'équivaut pas au paiement de la créance? Il est possible de prétendre que cette distinction n'est pas suffisante pour ne pas appliquer le ratio de *Canadian Forest* en matière de taxe sur le capital. En effet, on ne saurait prétendre qu'un prêt a été consenti par la banque, puisque aucun montant ne lui est dû tant que le chèque n'a pas été encaissé et que les fonds au compte bancaire se sont avérés insuffisants. Évidemment, une dette demeure entre la société et son créancier tant qu'il n'y a pas eu encaissement du chèque, puisque l'émission d'un tel instrument ne donne pas lieu à un paiement en droit civil. Par conséquent, si cette dette apparaît toujours au bilan de la société, il ne fait aucune doute qu'elle doit être incluse dans le calcul du capital versé si elle est visée par l'article 1136 L.I. Cependant, si la dette n'apparaît plus au bilan et a été remplacée par une mention « chèques en circulation » conformément aux PCGR, ne peut-on pas prétendre que le montant montré aux états financiers relatif à la dette est alors de zéro?

3.2. NOTION DE « PRÊT OU AVANCE »

Les prêts et avances à d'autres sociétés constituent des investissements admissibles aux fins de la déduction pour placements²³. Cette règle, qui peut

²³ S.-par. 1138 1(b) L.I.

sembler très simple d'application, a suscité beaucoup de controverse au fil des années.

En effet, les termes « prêt » et « avance » ne sont pas définis dans la *Loi sur les impôts*; à défaut de définition, il faut donc se référer au sens ordinaire de ces mots. Revenu Québec a toujours adopté une définition très stricte de l'expression « prêts et avances ». Ainsi, dans ses *Bulletins d'interprétation* IMP.1138-2/R2²⁴ et IMP.1138-3/R2²⁵, Revenu Québec stipulait que les montants à recevoir d'une autre société résultant de transactions commerciales (telles que les ventes de biens ou de services) ne constituent pas un investissement admissible aux fins de la réduction du capital versé, et ce, même si le montant à recevoir est garanti par un bien de la société. Cette position a été reprise lors d'une table ronde sur la fiscalité québécoise où un solde de prix de vente d'actions constaté par l'émission d'un billet à ordre fut considéré ne pas résulter d'un prêt ou d'une avance. Ainsi, Revenu Québec a constamment indiqué que le montant d'un tel billet ne pourrait servir à réduire le capital versé de la société créancière aux fins de sa taxe sur le capital²⁶, puisqu'il ne servait pas à matérialiser un prêt.

La Cour du Québec a donné raison à Revenu Québec et a décidé à plusieurs reprises qu'un solde de prix de vente ne saurait être considéré comme un prêt ou une avance et ne donne pas lieu à une déduction pour placements. Dans l'affaire *Marcelon Inc. c. SMRQ*²⁷, la requérante avait vendu son entreprise. Les modalités de paiement comprenaient un solde de prix de vente et des intérêts payables par tranches annuelles. En garantie du solde de prix de vente, l'acquéreur avait donné à la requérante une lettre de garantie irrévocable émanant d'une banque à charte. La requérante prétendait que les modalités de paiement du solde de prix de vente constituaient une forme d'avance ou de prêt.

²⁴ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP.1138-2/R2, « Taxe sur le capital – Réduction du capital versé », 21 décembre 1988, par. 2.

²⁵ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP.1138-3/R2, « Taxe sur le capital – Réduction du capital versé », 30 septembre 1994.

²⁶ « Table ronde sur la fiscalité québécoise », dans *Congrès 90*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1991, pp. 1083-1114, question 6.4, aux pages 1113-1114.

²⁷ [1991] R.D.F.Q. 3 (C.Q.) (ci-après « *Marcelon* »).

La Cour du Québec a référé à la définition du terme « prêt » prévue à l'article 1777 du *Code civil du Bas-Canada* et a conclu que deux conditions étaient requises afin d'être en présence d'un prêt :

- i) une tradition d'argent; et
- ii) une relation de prêteur-emprunteur.

Sur la base de cette définition, le juge Poirier a conclu qu'un solde de prix de vente ne donne pas lieu à un transfert d'argent ni à une relation prêteur-emprunteur, mais simplement à une relation créancier-débiteur :

« Dans la présente instance, la requérante, pour faciliter ou assurer la vente, a accepté de répartir le paiement du prix de vente sur un certain nombre d'années. Même si les versements annuels prennent la forme de traites et portent intérêts, il s'agit d'une garantie de paiement du prix de vente et non des modalités de remboursement d'un prêt. »

De plus, après avoir analysé le sens ordinaire du mot « avance » selon certains dictionnaires, le juge Poirier a conclu qu'une avance comprend un paiement par anticipation, un prêt ou des fonds investis dans une entreprise; un solde de prix de vente ne pouvait donc pas être considéré comme une avance. Ce raisonnement a été repris par la Cour du Québec dans *Simpsons Ltd. c. SMRQ*²⁸ et *Bertco Investments Ltd. c. SMRQ*²⁹. Cette question a été examinée de nouveau par la Cour du Québec dans *Crédit-Bail Banque Nationale Inc. c. SMRQ*³⁰. Dans cette affaire, la requérante assurait le financement d'entreprises qui désiraient acheter des biens, au moyen de baux financiers ou de contrats de vente conditionnelle. Elle prétendait que les sommes qui lui étaient dues en vertu de tels contrats constituaient des prêts et avances à des sociétés qui étaient déductibles dans le calcul de son capital versé conformément à l'article 1138 L.I. La Cour du Québec réfère à l'analyse du juge Poirier dans la cause *Marcelon* pour conclure que la tradition d'une somme d'argent est une condition essentielle du contrat de prêt et qu'il ne pouvait donc s'agir d'un prêt dans les circonstances. Quant à la notion d'avance, le juge Lachapelle s'appuie sur les définitions du mot « avance » que l'on retrouve dans les dictionnaires pour conclure que les transactions de la requérante ne sauraient être considérées comme des avances.

²⁸ [1992] R.D.F.Q. 19 (jugement porté en appel).

²⁹ [1992] R.D.F.Q. 29.

³⁰ [1993] R.D.F.Q. 10.

En appel, la Cour d'appel du Québec a confirmé qu'un solde de prix de vente ne saurait être considéré comme un prêt ou une avance aux fins de l'application de la taxe sur le capital³¹. Dans cette affaire, la Cour d'appel du Québec a examiné la forme et la nature juridique des contrats et a conclu que la relation qui existait entre un acheteur et l'appelante (soit Crédit-Bail Banque Nationale inc. avant la fusion avec l'appelante Banque Nationale du Canada) était une relation acheteur-vendeur. Le montant dû en vertu desdits contrats constituait donc un solde de prix de vente ne donnant pas lieu à la déduction pour placements :

« Or, un solde de prix de vente doit se distinguer d'un prêt ou d'une avance, où la relation juridique entre les parties en est une de prêteur-emprunteur. De plus, les sommes en jeu ne peuvent constituer un prêt, la condition essentielle de la tradition d'une somme entre le prêteur et l'emprunteur étant absente en l'espèce. Le premier juge a donc qualifié avec exactitude les contrats intervenus comme des contrats de vente à tempérament comportant un solde de prix de vente. »

Compte tenu de ce qui précède, la seule façon de s'assurer qu'un solde de prix de vente donnait lieu à une réduction dans le calcul du capital versé jusqu'en 1999 était d'opérer novation de celui-ci en un prêt. En vertu de l'article 1660 du *Code civil du Québec*³², la novation s'opère lorsque, notamment, le débiteur contracte avec son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte. Cette possibilité de transformer une dette non déductible en un prêt a été confirmée par la Cour du Québec dans l'affaire *Frorian Inc. c. SMRQ*³³.

Dans cette cause, une société avait déclaré un dividende en faveur de la requérante en date du 17 décembre 1984. Le 31 décembre suivant, la société avait signé en faveur de la requérante une reconnaissance de dette pour le même montant. La Cour du Québec a conclu qu'une novation s'était opérée, transformant le dividende déclaré en un prêt qui donnait lieu à une réduction dans le calcul du capital versé de la requérante. Après avoir rappelé que la novation ne se présume pas et que l'intention de l'opérer doit être évidente³⁴, la Cour a conclu qu'il s'était opéré novation car l'obligation de payer un dividende avait été éteinte alors qu'il s'était créé une nouvelle obligation, soit une promesse de payer. De plus, les entrées comptables et les livres de la

³¹ *Banque Nationale du Canada c. SMRQ*, [1997] R.D.F.Q. 124 (C.A.), confirmant la décision de la Cour du Québec citée à la note précédente.

³² L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

³³ [1992] R.D.F.Q. 24.

³⁴ Art. 1661 C.c.Q. (anciennement article 1171 du *Code civil du Bas-Canada*).

requérante et de la débitrice reconnaissaient cet état de fait. La conduite des parties fut donc suffisante pour amener la Cour du Québec à conclure qu'il y avait intention évidente de transformer le dividende dû en un prêt³⁵.

Depuis 1999, le ministère des Finances a annoncé deux assouplissements importants afin de réduire le nombre de situations donnant lieu à une double imposition du capital et d'établir certains liens entre les éléments à inclure dans le calcul du capital versé et ceux permettant une déduction pour placements.

Ainsi, le sous-paragraphe 1138 1)d.1) L.I. prévoit que les créances résultant de la vente de biens ou de la fourniture de services à une autre société (lorsque lesdites créances sont garanties, en totalité ou en partie, par un bien de ladite société) constituent un placement admissible.

De plus, en vertu du sous-paragraphe 1138 1)d.2) L.I., constituent un placement admissible les créances qui sont dues à une société³⁶ soit : i) par une autre société (autre qu'une institution financière) et qui sont garanties, en totalité ou en partie, par un bien de cette autre société ou qui existent depuis plus de six mois; ou ii) par une société de prêts, une société de fiducie ou une société faisant le commerce de valeurs mobilières à laquelle la société est liée.

Étant donné que ces assouplissements sont relativement récents, la question de la déductibilité d'un solde de prix de vente dans le calcul du capital versé continue à être l'objet de nouvelles décisions jurisprudentielles. Toutefois, confrontés à l'évidence que les tribunaux québécois ne sont pas disposés à conclure qu'un solde de prix de vente constitue un « prêt ou avance », les procureurs des contribuables ont dû faire preuve d'imagination. Lorsque l'on examine les causes les plus récentes, on constate que l'accent est mis sur l'instrument émis par le débiteur pour argumenter que le créancier a droit à une déduction dans le calcul de son capital versé. Cette approche a connu un succès mitigé.

³⁵ Pour les années d'imposition se terminant après le 9 mai 1996, il existe une règle spécifique antiévitement qui s'applique aux dettes entre sociétés associées qui sont remplacées par un prêt ou une avance, dans le cas où le débiteur et le créancier sont des entités corporatives. Cette nouvelle règle antiévitement s'applique également dans les autres cas, lorsque le débiteur et le créancier ont un lien de dépendance au moment de la substitution de la dette : par. 1138 2.1.0.1) L.I.

³⁶ Sauf les créances décrites aux sous-paragraphe 1138 1)a) à d.1) ou qui le seraient en l'absence des paragraphes 1138 2) à 2.1.3) L.I.

Dans l'affaire *Noranda inc. c. SMRQ*³⁷, un billet à ordre avait été remis en paiement du prix de rachat d'actions privilégiées et comportait essentiellement les mêmes conditions que lesdites actions³⁸. Dans sa décision, le juge Dionne de la Cour du Québec a conclu que le billet à ordre constituait une obligation au sens du sous-paragraphe 1138 1)a) L.I.; la décision semble avoir été fortement influencée par le fait que le billet avait remplacé un titre qui constituait un placement admissible, soit des actions privilégiées. Le juge Dionne continue en citant un passage du livre de Martel³⁹ où il est écrit que « les débetures sont des créances contre la compagnie, non protégées par des garanties sur les biens de celles-ci ». Cela lui permet de conclure que le billet constitue une obligation au sens de l'article 1138 L.I.

Avec respect pour cette opinion, elle n'était pas fondée en droit puisqu'il existe des différences fondamentales entre un billet et une obligation. Cela a d'ailleurs été reconnu dans un jugement subséquent de la Cour du Québec⁴⁰ où le juge Desmarais s'est exprimé comme suit :

« D'autre part, "même si le ministre du revenu est d'opinion que l'expression « obligation » qui est utilisée dans le calcul de la réduction du capital versé est assez large pour englober la notion de « débetures »"9(9), il y a une grande différence entre obligation, débenture et billet.

En premier lieu la Loi est claire et si le législateur avait voulu inclure cet instrument il l'aurait indiqué.

Les obligations et débentures requièrent en tout temps un fiduciaire et sont garanties soit par hypothèque, soit par l'ensemble des biens de la corporation. Le billet n'a pas ces exigences.

De plus, le billet est une lettre de change et la débenture est un titre de créance. Enfin, les deux instruments sont régis par des lois différentes.

La confusion entre ces deux effets de commerce résulte de l'usage qu'on en fait. »

³⁷ [1999] R.D.F.Q. 145 (C.Q.) (ci-après « *Noranda* »).

³⁸ Ce billet a été remplacé par un autre billet à ordre par suite de la dissolution de la débitrice.

³⁹ Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec*, t. 1, « Les aspects juridiques », Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 840.

⁴⁰ *Groupe C.S.L. Inc. c. SMRQ*, [2001] R.D.F.Q. 153 (C.Q.) (ci-après « *Groupe C.S.L.* »).

En appel du jugement de première instance dans l'affaire *Noranda*, la Cour d'appel du Québec⁴¹ n'a pas jugé nécessaire de trancher de façon définitive la question du sens du mot « obligation ». La Cour a toutefois déterminé que le billet représentait un solde de prix de vente et, qu'en conséquence, il n'y avait pas eu d'investissement dans les obligations de *Noranda*.

Dans l'affaire *Groupe C.S.L.*, la requérante avait vendu à sa filiale la totalité des éléments d'actifs en relation avec une de ses entreprises, y compris deux navires ainsi que les obligations afférentes à ceux-ci, à l'exception d'une dette d'environ 37 M\$ US. Cette dette avait été contractée pour la construction des deux navires et avait été garantie par le gouvernement du Brésil, ce qui permettait à la société de bénéficier d'un taux d'intérêt très intéressant. Ladite dette ne pouvait être transférée puisque, *inter alia*, le créancier refusait un tel transfert. Lors de la vente, des mesures avaient donc été prises afin d'éviter le rappel de cette dette. Ainsi, la filiale avait payé les navires par l'émission de deux billets totalisant cette même somme de 37 M\$ US. La requérante prétendait que la remise des billets par la filiale constituait un paiement et avait eu pour effet d'éteindre la dette entre la requérante et sa filiale en vertu de la convention de vente. La Cour du Québec a conclu que les billets ne constituaient ni des obligations ni des prêts et qu'il n'y avait pas eu novation qui aurait eu pour effet de permettre l'application du paragraphe 1138 1) L.I. La Cour d'appel du Québec⁴² était également d'avis que le solde de prix de vente payable par la filiale ne constituait pas initialement un prêt ou une avance au sens du sous-paragraphe 1138 1)b) L.I. La Cour a toutefois jugé que plusieurs éléments démontraient qu'il y avait eu novation du solde de prix de vente en un prêt, donnant ainsi lieu à une réduction dans le calcul du capital versé. Cette cause démontre l'importance d'une bonne documentation lorsque les parties désirent plaider qu'elles ont opéré novation d'une dette.

Au cours de la dernière année, la Cour du Québec s'est prononcée de nouveau sur la nature juridique d'un instrument financier émis par un acheteur de biens afin de déterminer la taxe sur le capital payable par le vendeur de ces biens. Dans *Corporation Financière Génomex c. SMRQ*⁴³, la requérante avait vendu à la Banque Nationale du Canada ses actions de Trust Général du Canada et Sherbrooke Trust de même que son portefeuille de

⁴¹ *SMRQ c. Noranda Inc.*, [2002] R.D.F.Q. 61 (C.A.).

⁴² *Groupe C.S.L. Inc. c. SMRQ*, D.F.Q.E. 2002F-82 (C.A.).

⁴³ D.F.Q.E. 2004F-41, jugement porté en appel.

prêts hypothécaires, d'immeubles et de valeurs mobilières en considération de la somme de 136 M\$. En vertu de la convention de vente, la Banque Nationale a payé cette somme en remettant à Corporation Financière Génécán des billets à capital variable. La requérante prétendait qu'elle avait droit à une réduction dans le calcul de son capital versé en vertu du sous-paragraphe 1138 1)a) L.I. relativement à ces billets. On doit donc conclure que la requérante considérait que les billets à capital variable émis par la Banque Nationale constituaient des obligations de cette dernière. Cependant, Revenu Québec était d'avis que les billets à capital variable ne visaient qu'à constater l'existence d'une dette, soit un solde de prix de vente, quantitativement variable. Or, les tribunaux québécois avaient déjà déterminé qu'un billet à ordre émis aux fins de constater un solde de prix de vente n'équivalait pas à un « prêt » en droit civil.

La Cour du Québec a tranché en faveur de la requérante et a conclu qu'aucune somme n'était due par la Banque Nationale à Corporation Financière Génécán en vertu de la convention de vente. Cette conclusion est essentiellement fondée sur les faits suivants :

- la convention de vente (et la documentation accessoire à celle-ci) ne mentionne jamais un solde de prix de vente;
- les entrées comptables de Corporation Financière Génécán et de la Banque Nationale reflétaient un achat pur et simple des actifs⁴⁴;
- les billets à capital variable ne constituaient pas des « billets » aux sens de la *Loi sur les lettres de change*⁴⁵ puisqu'ils étaient assortis de multiples conditions;
- les billets à capital variable constituaient des titres secondaires qui, en vertu de la *Loi sur les banques*⁴⁶, devaient nécessairement être entièrement libérés pour être émis; et

⁴⁴ Corporation Financière Génécán avait antérieurement effectué une transaction similaire avec la Banque Laurentienne qui comportait un solde de prix de vente. La présentation comptable de cette transaction par Corporation Financière Génécán diffèrait de celle qui avait été utilisée relativement à la transaction avec la Banque Nationale, conformément aux prétentions de Corporation Financière Génécán.

⁴⁵ L.R.C. (1985), c. B-4.

⁴⁶ L.R.C.(1985), c. B-1 et mod.

- le témoignage des représentants de Revenu Québec voulant qu'on ne se soit jamais demandé si les billets à capital variable pouvaient constituer autre chose que des billets à ordre représentant un solde de prix de vente.

Ainsi, compte tenu du fait que la documentation juridique et la présentation comptable de toutes les parties à la transaction étaient conformes aux prétentions de Corporation Financière Génécán, la Cour du Québec a conclu qu'il n'y avait pas de solde de prix de vente dû par la Banque Nationale à Corporation Financière Génécán, mais plutôt un placement détenu par cette dernière dans la Banque Nationale. Cela étant dit, la Cour n'examine aucunement la nature dudit placement afin de déterminer s'il s'agit d'un placement visé par l'article 1138 L.I. Compte tenu des prétentions de la requérante, on peut croire que le juge était d'avis que les billets à capital variable constituaient des obligations, mais cette conclusion n'est jamais exprimée clairement dans le jugement.

3.3. NOTION D'ÉTABLISSEMENT

L'article 1131 L.I. prévoit qu'une société ayant un établissement dans la province de Québec à un moment quelconque d'une année d'imposition sera assujettie à la taxe sur le capital versé montré à ses états financiers pour l'année. Le concept d'établissement est défini aux articles 1 et 1130 L.I., qui font eux-mêmes référence aux articles 12 à 16.2 L.I.

En 1993, un deuxième paragraphe a été ajouté à l'article 12 afin de prévoir que :

« Une société a un établissement dans chaque province du Canada où est situé un immeuble dont elle est propriétaire et qui est utilisé principalement aux fins de gagner ou de produire un revenu brut qui constitue un loyer. »

Cet ajout visait à mettre fin à une controverse portant sur l'existence d'un établissement au Québec lorsqu'une société non résidente était propriétaire d'un immeuble locatif dans cette province. Cette question a été initialement soulevée dans *Canemro Anstalt c. SMRQ*⁴⁷. Dans cette affaire, la requérante était une société non résidente incorporée au Liechtenstein. Elle possédait un immeuble de 92 logements à Montréal dont la gestion avait été confiée à une société québécoise qui devait louer, exploiter, administrer et gérer ledit immeuble. Le gestionnaire était responsable de la perception des loyers, de l'embauche du personnel d'entretien et des réparations. Les

⁴⁷ D.F.Q.E. 87F-29 (C.P.).

locataires bénéficiaient de nombreux services : un garage, une piscine, un portier, un personnel d'entretien permanent, etc. Cependant, l'autorité du gestionnaire était limitée, puisque la requérante devait approuver les baux de plus de deux ans et les dépenses supérieures à 3 000 \$.

La Cour provinciale a conclu que la requérante possédait un établissement au Québec, compte tenu des services rendus et du degré d'activité élevé nécessaire à la gestion de l'immeuble. Cette position a été reprise par la Cour du Québec dans *Ivy Real Estate Corp. c. SMRQ*⁴⁸. Dans cette affaire, la requérante avait été incorporée à Panama et avait comme actif à Montréal un immeuble commercial loué à cinq commerces, dont l'administration relevait d'une société spécialisée en gestion d'immeubles à revenus détenus par des non-résidents. Le gestionnaire devait trouver les locataires, faire signer les baux, percevoir les loyers et effectuer les réparations nécessaires. Le juge Noël a conclu que la requérante exploitait une entreprise dans la province de Québec pour les motifs suivants :

« [...] si le législateur avait voulu exclure de la définition d'«entreprise», l'exploitation d'immeubles à revenu, il aurait fallu qu'il emploie un langage beaucoup plus clair. Il n'y a pas d'équivoque à conclure que l'appréciation de l'exploitation d'un immeuble commercial à revenu par une corporation constituée à cette fin puisse la qualifier d'une entreprise visée par l'article 1131 de la Loi de l'impôt.

[...]

L'entreprise est exercée au lieu où est situé l'immeuble, les baux sont négociés et conclus au Québec. De plus, faut-il souligner que la requérante a confié la gestion de son immeuble au sens de la loi à une compagnie ayant sa place d'affaires au Québec, ce qui consacre le fait qu'elle opère cet établissement au Québec⁴⁹. »

Ces décisions semblaient indiquer que le gestionnaire devait effectivement exploiter l'immeuble pour que le non-résident ait été présumé posséder un établissement à l'endroit où l'immeuble est situé. Par contre, dans son *Bulletin d'interprétation* IMP. 12-2⁵⁰, Revenu Québec indiquait à

⁴⁸ D.F.Q.E. 88F-114 (C.Q.).

⁴⁹ *Id.*, 9 et 12.

⁵⁰ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 12-2, « L'exercice d'une entreprise par une corporation », 25 avril 1985, par. 3 et 4, remplacé par REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 12-2/R1, « Établissement d'une corporation locatrice d'un immeuble situé au Québec », 21 décembre 1994, par. 5.

l'époque qu'une société ayant pour objet la location d'immeubles serait jugée exploiter une entreprise, même si elle ne faisait que détenir un immeuble loué en vertu d'un bail à long terme qui réduisait ses responsabilités de propriétaire en faveur d'un locataire qui s'engageait à payer tous les frais d'exploitation de l'immeuble.

Afin de régler la question, le ministère des Finances du Québec a donc amendé l'article 12 L.I. Il s'agissait d'une bonne décision du point de vue des autorités fiscales, compte tenu du jugement subséquent de la Cour du Québec dans *Kalenso c. SMRQ*⁵¹. Dans cette affaire, la requérante était une société non résidente qui était propriétaire d'un immeuble locatif au Québec de 1987 à 1990. Cet immeuble comprenait six commerces et 288 logements. Sa gestion avait été confiée à une société québécoise et les services fournis aux locataires étaient le chauffage, l'électricité, l'eau chaude, la piscine, les ascenseurs, le concierge et le garage (sur paiement additionnel). La gestion de l'immeuble consistait principalement à la perception des loyers et à l'entretien. Compte tenu de ce qui précède, le tribunal a conclu que la requérante n'avait pas exercé une activité constituant l'exploitation d'une entreprise au Québec et que, par conséquent, elle n'était pas assujettie à la taxe sur le capital pour les années en cause.

Par suite de l'ajout du deuxième paragraphe de l'article 12 L.I., on aurait pu croire que l'affaire *Kalenso* n'avait plus qu'un intérêt historique. Toutefois, le fondement juridique de cette décision a récemment été soulevé par une société de portefeuille qui prétendait n'avoir aucun établissement au Québec et, par conséquent, ne pas être assujettie à la taxe sur le capital et à l'impôt sur le revenu de cette province⁵².

Le siège social de l'appelante était situé au Nouveau-Brunswick depuis 1980; elle n'avait aucune adresse au Québec. Son courrier était acheminé à un cabinet d'avocats situé au Nouveau-Brunswick et tous les comptes bancaires de l'appelante se trouvaient dans cette province. Néanmoins, Revenu Québec était d'avis que l'appelante avait un établissement au Québec pour les motifs suivants :

- son seul actionnaire et administrateur était un résident du Québec;

⁵¹ [1999] R.D.F.Q. 166 (C.Q.) (ci-après « *Kalenso* »).

⁵² *Placements Arleon ltée c. SMRQ*, [2002] R.D.F.Q. 235 (C.Q.), confirmé par la Cour d'appel du Québec, le 16 juin 2004, J.E. 2004-1413 (ci-après « *Arleon* »).

- toutes les décisions de l'unique actionnaire étaient prises à son domicile au Québec;
- les états financiers et les déclarations de revenus de l'appelante étaient préparés par une firme de comptables de Montréal.

Le juge Dionne a donc examiné si l'appelante avait un établissement au Québec au sens de l'article 12 L.I., en déterminant si l'appelante avait un lieu fixe au Québec d'où elle exploitait son entreprise. Étant donné que l'unique administrateur prenait toutes les décisions d'investissement de sa résidence, la Cour a conclu rapidement que celle-ci constituait un lieu fixe situé au Québec. La question la plus difficile visait à déterminer si ses activités d'investissement étaient suffisantes pour donner lieu à l'exploitation d'une entreprise. Après avoir cité la décision de la Cour suprême du Canada dans *Canadian Marconi c. La Reine*⁵³ et la doctrine ayant commenté cette décision, le juge Dionne conclut qu'il existe une présomption voulant que le revenu gagné par une société constitue du revenu d'entreprise plutôt que du revenu de biens. Il rappelle que cette présomption est réfutable et qu'à cet égard, les tribunaux doivent considérer le nombre d'opérations, leur importance, leur fréquence, la rotation des placements et la nature de ceux-ci afin de déterminer la nature du revenu. Le juge Dionne ouvre donc la porte à la possibilité qu'une société de portefeuille puisse prétendre qu'elle n'a pas d'établissement au Québec si elle peut démontrer que ses activités ne sont pas suffisamment importantes pour conclure qu'elle exploite une entreprise.

Malheureusement, la décision du juge Dionne n'est pas basée sur une analyse des activités de l'appelante, mais plutôt sur le manque de preuve présenté à cet égard.

« [61] Dans l'espèce, ces éléments que l'on peut considérer, pour apporter la réponse, n'ont pas été mis en preuve.

[62] La seule affirmation, que monsieur Kostiner ne consacre pas beaucoup de temps à cette activité et que ses placements sont conservateurs, n'est pas très révélatrice.

[63] Est-ce que, par exemple, la requérante a donné un mandat à un courtier en valeurs mobilières de procéder activement à rechercher les meilleurs placements, même s'ils sont conservateurs? Est-ce que la requérante vend et achète régulièrement des valeurs mobilières pour un montant important selon les termes utilisés par la juge Wilson? À quelle fréquence cela se fait-il? Aucune réponse à toutes ces questions n'a été donnée.

⁵³ [1986] 2 R.C.S. 522 (C.S.C.).

[64] Le tableau R-1 nous renseigne quant aux montants des revenus d'intérêts soient 130 185 \$ en 1992 et 142 447 \$ en 1993, de même que les dividendes qui sont respectivement 31 454 \$ et 22 540 \$.

[65] De tels revenus impliquent que des montants importants sont investis. Le tableau nous indique que les « marketable securities » sont, pour 1992; 2 529 178 \$ et en 1993; 2 497 517 \$ alors qu'il y a des prêts de 378 208 \$ en 1992 et 227 065 \$ en 1993 et d'autres actifs qui forment un total de 3 134 233 \$ pour 1992 et 2 820 500 \$ en 1993.

[66] Ces chiffres, sans autre explication, tendent à démontrer que la requérante est une société qui a une activité de placements. En l'absence d'une preuve au contraire, la présomption que la requérante tire un revenu d'une activité doit trouver application et, en conséquence, il s'agit d'une entreprise selon la définition donnée par la Loi. Ainsi donc, la requérante a eu un établissement au Québec pour les années 1991, 1992 et 1993 et les avis de cotisation qui ont été émis sont valides. »

Il est intéressant de noter que la Cour d'appel du Québec était d'accord avec le raisonnement du juge Dionne et acceptait donc le principe voulant que dans certaines circonstances, une société de portefeuille puisse prétendre avec succès qu'elle n'a pas d'établissement au Québec si elle ne gagne que du revenu de biens. La Cour d'appel était également d'avis que le juge Dionne n'avait pas commis d'erreur de droit en appliquant la présomption réfutable établie par la Cour suprême du Canada. De plus, puisque la détermination de la provenance d'un revenu constitue essentiellement une question de fait et que le juge de première instance avait conclu que la preuve était insuffisante, la Cour d'appel du Québec ne considérait pas approprié de mettre de côté l'évaluation du juge de première instance. Le contribuable n'a donc pas eu de succès, compte tenu de la preuve présentée au procès. Toutefois, ces arrêts soulèvent un argument intéressant aux fins d'éviter la taxe sur le capital du Québec pour une société ayant un établissement dans une autre province et je serais donc surprise que l'affaire *Arleon* mette un terme à cette question.

CONCLUSION

Les 12 prochains mois devraient donner lieu à de nouveaux développements en matière de taxe sur le capital. En effet, les tribunaux québécois devraient se prononcer sur la notion d'avance, ainsi que sur l'assujettissement des prêts immigrants-investisseurs à la taxe sur le capital. Il y aura donc probablement lieu de faire une nouvelle mise à jour au Congrès de 2005!

PARTIE B**Fiducie et règle d'attribution du paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu***

Nancy Bélanger, notaire, M. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Marie-Josée Jalbert, CA, M. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION¹

Le paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*² prévoit une attribution des revenus générés par un bien dans le cas où la personne ayant transféré un bien à une fiducie se réserve le droit de le reprendre ou garde un certain contrôle sur ledit bien.

Il y a quelques années, peu de praticiens connaissaient cette disposition ou encore en vérifiaient systématiquement l'application lors de la mise en place de leurs planifications. Aujourd'hui, la plupart des praticiens s'interrogeront sur l'application dudit paragraphe lors de l'élaboration de leurs stratégies fiscales. Cependant, et malheureusement, ce paragraphe s'étend à tellement de situations auxquelles il ne devrait pas s'appliquer qu'il s'introduit parfois encore subtilement et contamine nos fiducies. Quelques années plus tard, on se rend compte que ce paragraphe s'applique aux biens d'une fiducie, mais il est trop tard.

Le présent texte a pour but de présenter, en suivant la chronologie du paragraphe 75(2) L.I.R., la documentation pertinente afin d'analyser les différents concepts que contient cette disposition. Par la suite, nous ferons une brève comparaison avec la disposition de la *Loi sur les impôts* du Québec³. Pour terminer, nous vous présenterons certaines situations qui portent à réfléchir quant à l'étendue, souvent étonnante, du paragraphe 75(2) L.I.R.

¹ Les auteures tiennent à remercier M. Denis Lacroix pour sa participation à la révision de ce texte.

² L.R.C (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »). Toutes les sections de la loi mentionnées dans le présent article feront référence à la *Loi de l'impôt sur le revenu* à moins d'indication contraire.

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

1. ANALYSE TECHNIQUE

Le but de cette première partie est de préciser l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. à l'aide des positions prises par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») au fil des années dans différentes interprétations techniques et autres documents d'intérêt public. Le but de l'exercice n'est pas de passer en revue toutes les positions de l'ARC mais d'en ressortir les principes en découlant afin de pouvoir mieux comprendre l'étendue de l'application de cette fameuse règle qui fait en sorte d'attribuer à la personne qui contribue des biens à la fiducie (ci-après « disposant ») les revenus générés sur ces biens. Pour ce faire, chacune des sections du paragraphe 75(2) L.I.R. sera analysée séparément.

1.1. PRÉAMBULE DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R.

Le préambule du paragraphe 75(2) L.I.R. se lit comme suit : « Lorsque, en vertu d'une fiducie créée de quelque façon que ce soit depuis 1934, des biens sont détenus à condition. »

L'une des premières constatations que l'on doit faire à la lecture du préambule du paragraphe 75(2) L.I.R. est que ce paragraphe s'applique à tout genre de fiducies, ce qui signifie que toutes les entités qui sont considérées comme étant des fiducies sur le plan fiscal pourront être assujetties à ces règles d'attribution, sauf si elles font partie des exclusions du paragraphe 75(3) L.I.R., soit :

« Une fiducie régie par une convention de retraite, un fonds enregistré de revenu de retraite, un régime de participation des employés aux bénéfices, un régime de participation différée aux bénéfices, un régime de pension agréé, un régime enregistré d'épargne-études, un régime enregistré d'épargne-retraite, un régime de prestations aux employés ou un régime enregistré de prestations supplémentaires de chômage;

Une fiducie d'employés, une fiducie créée à l'égard du fonds réservé (au sens de l'alinéa 138.1(1)a) de la LIR), une fiducie visée à l'alinéa a.1) de la définition de "fiducie" au paragraphe 108(1) LIR ou une fiducie visée à l'alinéa 149(1)y) LIR;

Une fiducie qui, à la fois :

- (i) ne réside pas au Canada,
- (ii) réside dans un pays dont la législation prévoit un impôt sur le revenu,

(iii) est exonérée de l'impôt sur le revenu payable au gouvernement du pays où elle réside par la législation visée au sous-alinéa (ii),

(iv) a été créée soit principalement en rapport avec un ou plusieurs régimes de pension ou de retraite ou avec quelque régime constitué en vue de fournir des prestations aux employés, soit avec pour objet principal de gérer ces régimes ou de fournir des prestations dans le cadre de celles-ci;

Une fiducie pour l'environnement admissible;

Une fiducie qui est un non-résident, pour ce qui est du calcul de son revenu pour l'année, du fait qu'un contribuant, au sens du paragraphe 94(1), de la fiducie est un particulier, à l'exception d'une fiducie, qui, à la fin de l'année, réside au Canada et y avait résidé pendant une période n'excédant pas, au total, 60 mois. »

Pour les autres fiducies qui n'entrent pas dans ces exclusions, le paragraphe 75(2) L.I.R. pourrait trouver application.

1.1.1. « En vertu d'une fiducie »

À la lecture du préambule du paragraphe 75(2) L.I.R., on remarque que son application doit se considérer non pas seulement en vertu de l'acte de fiducie, mais au regard de la fiducie dans son ensemble. L'ARC est venue le confirmer dans une interprétation technique en indiquant que l'utilisation des mots « en vertu d'une fiducie » incluait l'acte de fiducie mais également toute opération exécutée par les fiduciaires qui ne viole pas l'acte de fiducie⁴.

Dans cette interprétation, la question était de savoir si le paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquait à un disposant qui transférerait une somme à un organisme de charité constitué en fiducie en contrepartie d'un droit de recevoir une rente, l'excédent de la somme reçue par la fiducie sur le coût normal de la rente consentie au disposant étant considéré comme un don reçu par la fiducie. Dans cette situation, l'ARC a indiqué que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquerait même si l'acte de fiducie ne contenait aucune référence particulière permettant la fourniture de tel contrat de rente. Il faut noter l'application étendue du paragraphe 75(2) L.I.R. Ce paragraphe ne fait aucune distinction quant au type de fiducies (personnelle, commerciale, organisme de charité ou autres) ni au fait que le disposant ait ou non un lien avec ladite fiducie.

⁴ *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner* (CD-ROM), Scarborough, Ont., Carswell, interprétation technique 2004-0066431E5, 3 août 2004.

Cette interprétation est conforme à la position adoptée lors d'une table ronde du Congrès de l'Association de planification fiscale et financière de 1994, dans laquelle l'ARC indiquait ceci :

« Le Ministère considère que le paragraphe 75(2) de la Loi pourrait s'appliquer lorsque l'acte de fiducie ou tout autre contrat conclu entre les fiduciaires et la personne qui a contribué un bien à une fiducie prévoit que cette personne a un droit d'acquérir de nouveau ce bien ou un bien substitué même si cette personne ne contrôle pas les biens de la fiducie et ne détient aucun autre droit de bénéficiaire dans la fiducie⁵. » (Notre soulignement)

Donc, tous documents, contrats ou actions conclus ou faits par les fiduciaires doivent être analysés pour vérifier si le paragraphe 75(2) L.I.R. pourrait trouver application.

1.1.2. Définition du mot « bien »

Le législateur a utilisé le mot « bien » au paragraphe 75(2) L.I.R., terme défini au paragraphe 248(1) L.I.R. de la façon suivante :

« Biens de toute nature, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, y compris, sans préjudice de la portée générale de ce qui précède:

- a) les droits de quelque nature qu'ils soient, les actions ou parts;
- b) à moins d'une intention contraire évidente, l'argent;
- c) les avoirs forestiers;
- d) les travaux en cours d'une entreprise qui est une profession libérale. »

À la lecture de cette définition prévue par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il est facile de conclure que la définition du mot « bien » sur le plan fiscal dépasse le cadre ordinaire de son utilisation. L'emploi des expressions « y compris » et « droits de quelque nature qu'ils soient » fait en sorte que l'on doit lui attribuer un sens plus large que son sens ordinaire, et cela a été confirmé par la jurisprudence à plusieurs reprises⁶. Loin de nous l'idée de faire une analyse exhaustive de l'interprétation du terme « bien ». Nous

⁵ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 31:1-43, question 6.1, aux pages 31:20-21.

⁶ *Kieboom c. Minister of National Revenue*, [1992] 2 C.T.C. 59; *Vaillancourt c. MRN*, [1991] 3 C.F. 663 (C.A.).

désirons seulement soulever comment le législateur, en utilisant ce terme, a fait en sorte d'étendre la portée du paragraphe 75(2) L.I.R. L'arrêt *Manrell c. La Reine*⁷ indique ce qui suit quant au sens de mot « bien » d'un point de vue fiscal : « Il existe maintes décisions à l'appui de la thèse voulant que le mot “ bien ” puisse avoir de nombreux sens et que, dans le contexte fiscal, son sens puisse être considéré comme large et inclusif. »

En référence au terme « bien », l'ARC a indiqué que, dans une situation où une fiducie faisait l'acquisition d'actions émises du Trésor d'une société détenue à 100 % par la bénéficiaire qui est également fiduciaire, elle appliquerait le paragraphe 75(2) L.I.R. si l'action est acquise à une valeur inférieure à sa juste valeur marchande (ci-après « JVM »)⁸. En effet, après l'acquisition, l'actionnaire de la société (le bénéficiaire de la fiducie) sera réputé avoir fait une contribution à la fiducie puisque la différence entre le prix payé et la valeur des actions sera considérée comme étant un bien transféré à la fiducie par lui étant donné que cela aura eu comme effet de réduire la valeur de ses propres actions et de transférer ladite valeur sur les actions de la fiducie. Une attention toute particulière devra donc être apportée lorsque des actions sont émises en faveur d'une fiducie afin de s'assurer qu'aucun avantage d'ordre économique ne lui soit conféré.

1.1.3. Détention de biens

La dernière partie du préambule du paragraphe 75(2) L.I.R. indique que les biens doivent être détenus. Sur ce terme, l'ARC a précisé qu'un prêt authentique fait à la fiducie ne constituait pas une détention d'un bien par la fiducie si les conditions du prêt sont indépendantes et extérieures aux modalités de la fiducie⁹.

Pourquoi les modalités du prêt doivent-elles être indépendantes de l'acte de fiducie si un prêt ne fait pas en sorte qu'un bien est « détenu »? Est-ce que cela change quelque chose au chapitre de la détention d'un bien si les modalités du prêt sont incluses dans l'acte de fiducie? Est-ce une largesse du législateur en ce qui concerne le prêt pour l'application du paragraphe 75(2) L.I.R.? Toutes ces questions demeurent entières. Toutefois, en vertu de quoi,

⁷ [2003] 3 C.T.C. 50.

⁸ *Revenue Canada Views*, op. cit., note 4, interprétation technique 9832385, 13 octobre 1999.

⁹ *Id.*, interprétations techniques 2000-0042505, 30 avril 2001; 9811115, 6 juillet 1998; 9224425, 16 décembre 1992 et 9212375, 25 mai 1992.

un prêt dont les modalités sont inscrites à l'acte de fiducie ferait en sorte que les conditions du paragraphe 75(2) L.I.R. seraient remplies? Il faut alors vérifier si les sous-alinéas 75(2)a(i), 75(2)a(ii) ou l'alinéa 75(2)b L.I.R. trouveraient application.

Si le créancier n'est pas fiduciaire, qu'il n'a aucun pouvoir décisionnel et qu'il n'est pas bénéficiaire de la fiducie, le sous-alinéa 75(2)a(ii) L.I.R. et l'alinéa 75(2)b L.I.R. ne trouveraient pas application. Pour ce qui est du sous-alinéa 75(2)a(i) L.I.R., l'ARC est déjà venue préciser que le remboursement d'un prêt ne faisait pas en sorte que le bien revenait au créancier¹⁰. Donc, il nous est possible de conclure que, si le législateur considère qu'un prêt dont les modalités se retrouvent dans l'acte de fiducie est un bien détenu par la fiducie, alors il faudra faire attention au rôle du créancier, car cela pourrait avoir une incidence sur l'application du paragraphe 75(2) L.I.R.

Une autre condition quant au prêt est qu'il doit être un prêt véritable. L'ARC est venue préciser dans ses anciens *Bulletins d'interprétation* IT-258R2¹¹ et IT-260R¹² quelles étaient les conditions à respecter afin qu'un prêt constitue un prêt véritable.

Les conditions énumérées dans ces bulletins ont été de nombreuses fois reprises dans les interprétations techniques de l'ARC¹³. Toutefois, avec des arrêts comme *Shell Canada Ltd. c. Canada*¹⁴ et *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*¹⁵, ces conditions ne sont plus pertinentes. En effet, dans l'arrêt *Shell*, la juge McLachlin indiquait ce qui suit :

« Notre Cour a statué à maintes reprises que les tribunaux doivent tenir compte de la réalité économique qui sous-entend l'opération et ne pas se sentir liés par la forme juridique apparente de celle-ci. [...] Cependant, deux précisions à tout

¹⁰ « Table ronde de Revenu Canada », dans *1986 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1987, pp. 51:44-88, question 46, à la page 51:67.

¹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-258R2, « Transfert de biens au conjoint », 11 mai 1982.

¹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-260R, « Transfert de biens à un mineur », 12 novembre 1979.

¹³ *Revenue Canada Views*, op. cit., note 9.

¹⁴ 99 D.T.C. 5669 (C.S.C.) (ci-après « *Shell* »).

¹⁵ [1998] 2 R.C.S. 298.

le moins doivent être apportées. Premièrement, notre Cour n'a jamais statué que la réalité économique d'une situation pouvait justifier une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables établis par le contribuable. Au contraire, nous avons décidé qu'en l'absence d'une disposition expresse contraire de la Loi ou d'une conclusion selon laquelle l'opération en cause est un trompe-l'oeil, les rapports juridiques établis par le contribuable doivent être respectés en matière fiscale. Une nouvelle qualification n'est possible que lorsque la désignation de l'opération par le contribuable ne reflète pas convenablement ses effets juridiques véritables. [...] Deuxièmement, la jurisprudence fiscale de notre Cour est bien établie: l'examen de la "réalité économique" d'une opération donnée ou de l'objet général et de l'esprit de la disposition en cause ne peut jamais soustraire le tribunal à l'obligation d'appliquer une disposition non équivoque de la Loi à une opération du contribuable. Lorsque la disposition en cause est claire et non équivoque, elle doit simplement être appliquée. »

Il serait donc inapproprié que l'ARC fasse encore valoir ces conditions de prêt véritable dans une situation de prêt qui n'est pas fictive ou frauduleuse en faisant ressortir la réalité économique de celui-ci.

L'ARC a mentionné qu'un prêt n'est pas « détenu » au sens du paragraphe 75(2) L.I.R. Il nous semble que, peu importe où sont prévues les modalités, un prêt est un prêt. La seule question que l'ARC devrait se poser est la suivante : « Est-ce vraiment un prêt? » (*versus* une donation, par exemple).

Dernier élément concernant l'analyse du préambule du paragraphe 75(2) L.I.R., nulle part on ne fait mention de la façon dont le bien a été acquis par la fiducie ou s'il l'a été par transfert ou par donation. Il y est seulement question de comment les biens seront remis et à qui ils seront remis. Donc, peu importe si les biens ont été vendus à la JVM ou encore donnés à la fiducie, le paragraphe 75(2) L.I.R. pourrait s'appliquer si les conditions qui le sous-tendent sont respectées.

Ce qui ressort de l'analyse du préambule du paragraphe 75(2) L.I.R., c'est que le législateur a voulu être très large dans les mots utilisés afin de s'assurer de couvrir le plus grand nombre de situations possibles. Toutefois, comme nous allons le voir subséquemment, cela aura pour conséquence de faire en sorte que certaines situations seront également assujetties au paragraphe 75(2) L.I.R. alors qu'elles dépassent largement l'esprit de ce paragraphe, c'est-à-dire d'éviter que le disposant garde quelque contrôle que ce soit sur le bien transféré à la fiducie ou qu'il garde un droit de réversion sur ce bien.

1.2. L'ALINÉA 75(2)A) L.I.R.

Le préambule de l'alinéa 75(2)a) L.I.R. se lit comme suit : « [...] soit que ces derniers ou des biens qui leur sont substitués puissent. »

À la lecture de ce préambule, il en ressort deux éléments. Le premier est que les biens dont il est question à cet alinéa incluent également les biens substitués définis au paragraphe 248(5) L.I.R.¹⁶ Le second élément est que l'utilisation du verbe « puissent » fait en sorte que l'alinéa 75(2)a) L.I.R. s'applique même s'il existe seulement une possibilité, même peu probable, que les conditions des sous-alinéas (i) et (ii) soient remplies.

1.2.1. Sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R.

Le premier sous-alinéa de l'alinéa 75(2)a) L.I.R. se lit ainsi : « [...] ou bien revenir à la personne dont les biens ou les biens qui leur sont substitués ont été reçus directement ou indirectement (appelée “la personne” au présent paragraphe). »

Pour remplir la première condition, on ne fait pas référence à la notion de contrôle mais à un droit de réversion et ce droit doit être en faveur de la personne directement de qui les biens ont été reçus. Si les biens de la fiducie reviennent indirectement au disposant, le sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R. ne trouverait pas application.

Serait-il possible de conclure à la non-application du paragraphe 75(2) L.I.R. dans les situations où un particulier transférerait un bien à une fiducie dont le seul bénéficiaire serait une société détenue en totalité par le particulier? Nous le croyons. Le sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R. ne devrait pas s'appliquer, car il résulterait que le retour indirect serait aussi couvert, et cela dépasse le cadre d'application de ce sous-alinéa. Si le législateur avait voulu couvrir le retour indirect, il l'aurait indiqué précisément dans le libellé du paragraphe 75(2) L.I.R. comme il l'a fait lorsqu'il parle de la réception du bien, directement ou indirectement.

En lien avec cette conclusion, dans une interprétation technique dans laquelle la bénéficiaire de la fiducie était la conjointe du disposant, l'ARC a clairement indiqué que le fait que les biens puissent revenir indirectement à

¹⁶ Marc JOLIN, « Les nouveaux types de fiducies et les possibilités de planification », dans *Colloque – Les fiducies*, 109, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 2:1-74.

la personne de qui les biens ont été reçus (par exemple, à titre d'héritier du bénéficiaire du capital) ne suffisait pas à remplir la condition énoncée au sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R.¹⁷

1.2.1.1. Droit de réversion

L'ARC s'est souvent prononcée sur le droit de réversion dans le cadre des fiducies avec droit de retour. Certaines situations méritent que l'on s'y attarde un peu plus afin d'analyser les principes qui s'en dégagent. Pour ce faire, quelques situations seront analysées afin de mieux comprendre la position de l'ARC en ce qui a trait au droit de réversion.

Il faut être prudent eu égard au droit de retour du paragraphe 75(2) L.I.R. Il n'est mentionné nulle part que le disposant doit être bénéficiaire de la fiducie ou encore de la façon dont les biens lui sont retournés. Ainsi, il faut retenir que ce droit de retour inclut également des situations où le disposant se réserverait le droit de réacquérir le bien, et ce, même s'il doit payer la JVM pour le faire¹⁸.

i) Bénéficiaire du capital

Il est clair que, lorsque le disposant est également bénéficiaire du capital de la fiducie, il y a alors possibilité que le bien lui revienne, le sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R. sera donc applicable.

Si le disposant possède un droit dans le capital de la fiducie, il est un bénéficiaire de capital de la fiducie. Qu'est-ce que représente le capital d'une fiducie? De façon générale, il est facile d'inclure à titre de capital le bien transféré dans la fiducie, mais est-ce que le produit total de la vente du bien devient du capital ou doit-on exclure la portion gain, s'il y a lieu, de ce produit?

À ces questions, l'ARC est venue préciser ce qui constituait du capital de la fiducie en se référant à l'article 909 du *Code civil du Québec*¹⁹, qui indique que sont considérés comme étant du capital le produit de disposition

¹⁷ *Revenue Canada Views*, op. cit., note 4, interprétation technique 2003-0006967, 4 juin 2003.

¹⁸ *Id.*, interprétations techniques 9422630, 26 septembre 1994 et 1992-357, 19 juin 1992.

¹⁹ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

du capital et son emploi²⁰. L'ARC a ajouté que ce produit de disposition ne faisait pas partie du revenu d'une fiducie au sens du paragraphe 108(3) L.I.R. et qu'en référence aux définitions de « bénéficiaire », « participation au capital » et « droit de bénéficiaire » que l'on retrouve dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* toute personne ayant un droit à titre de bénéficiaire de la fiducie de recevoir tout ou partie du capital de la fiducie est considérée comme étant un bénéficiaire du capital de cette fiducie.

Donc, dans des situations où le disposant a droit au gain en capital découlant de la disposition du bien transféré, il y aura application du sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R.

ii) Droit de retour par application de la Loi de l'impôt sur le revenu

Ce droit de retour existe dans des situations où le bien pourrait revenir au disposant par force de loi, comme, par exemple, dans des situations où la fiducie n'a plus de bénéficiaires et que les biens reviendraient au disposant selon la loi régissant ladite fiducie²¹.

L'ARC a indiqué que, dans les cas où le bien reviendrait au disposant par force de loi, le sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R. ne trouverait pas application²². Précisons cependant que l'ARC a mentionné que, si l'acte de fiducie reprend les termes d'une loi prévoyant le droit de retour, le retour se fera en vertu de l'acte de fiducie et non en vertu de la loi et le paragraphe 75(2) L.I.R. sera applicable. Ce dernier élément nous semble douteux puisque le fait d'inclure le libellé d'un tel article dans l'acte ne donne aucun droit supplémentaire au disposant, donc pourquoi le sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R. trouverait-il application?

Une situation intéressante a été présentée à l'ARC concernant le retour par force de loi²³. La situation était la suivante : une fiducie en faveur du conjoint avait été créée en vertu du paragraphe 73(1) L.I.R. Par la suite, la fiducie a pris fin, car il y a eu séparation des deux conjoints. Les articles 1294 et 1296 C.c.Q. ont été invoqués en indiquant que la raison pour laquelle

²⁰ *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 4, interprétation technique 2001-0078365F, 11 juillet 2001.

²¹ Par exemple, selon l'article 1297 C.c.Q.

²² *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 4, interprétations techniques 2002-0116535; 19 février 2002 et 9304585, 17 mai 1993.

²³ *Id.*, interprétation technique 2001-0096435F, 8 novembre 2001.

la fiducie prenait fin était que la volonté première du constituant n'était plus respectée et que l'objectif poursuivi par la fiducie n'était plus atteint²⁴.

L'ARC s'est penchée sur l'application de l'article 1294 C.c.Q. et non sur le principe du retour par force de loi, qui est quant à lui très précis. L'ARC est venue préciser qu'elle entretenait des doutes quant à l'application de l'article 1294 C.c.Q., car cet article ne tient pas compte de la volonté subséquente du constituant mais de la volonté première. Dans la situation présentée, la volonté première était toujours de pourvoir aux besoins du bénéficiaire de la fiducie, et ce, sa vie durant. Dans la situation présentée, la fiducie continuait à respecter cette volonté même si aujourd'hui, à la suite de sa séparation, ce n'était plus la volonté du constituant.

Il est important de noter que, dans le cas d'un droit de retour par application de la loi, le disposant ne reçoit pas les biens en tant que bénéficiaire de la fiducie mais parce que la loi le prévoit ainsi. Dans ce cas, aucune distribution sans incidence fiscale ne peut être effectuée étant donné que le paragraphe 107(2) L.I.R., qui prévoit un roulement fiscal lors d'une distribution par la fiducie, ne trouvera pas application, car la distribution n'est pas faite en faveur d'un bénéficiaire de la fiducie.

iii) Droit de retour par suite d'un décès

Pour ce qui est du droit de retour à la suite d'un décès, afin d'éviter l'application du sous-alinéa 75(2)a(i) L.I.R., il faut voir à quel titre les biens reviendront au disposant. En effet, le fait que les biens pourraient revenir au disposant à titre d'héritier ou encore à titre de bénéficiaire éventuel de la fiducie n'a pas la même incidence sur l'application du paragraphe 75(2) L.I.R.

Dans le premier cas, l'ARC a indiqué que, si les biens revenaient au disposant à titre d'héritier du bénéficiaire décédé, alors le sous-alinéa 75(2)a(i) L.I.R. ne trouverait pas application²⁵. Toutefois, dans le cas où le disposant pourrait devenir bénéficiaire de la fiducie, soit, par exemple, parce que le présent bénéficiaire de la fiducie a le pouvoir de nommer d'autres

²⁴ L'article 1294 C.c.Q. se lit comme suit : « Lorsqu'une fiducie a cessé de répondre à la volonté première du constituant, notamment par suite de circonstances inconnues de lui et imprévisibles qui rendent onéreuse la poursuite du but de la fiducie, le tribunal peut, à la demande d'un intéressé, mettre fin à la fiducie [...] ».

²⁵ *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 4, interprétations techniques 2002-0139205, 22 juillet 2002 et 2002-0162855, 15 avril 2003.

bénéficiaires de capital dans son testament ou dans un autre document, alors le sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R. trouverait application²⁶. Il s'agit dans le cas présent d'un retour indirect (à titre d'héritier) ou direct (à titre de bénéficiaire nommé suivant son élection par le bénéficiaire antérieur du capital).

iv) Droit de retour en vertu d'un usufruit ou d'un droit d'usage

Pour ce qui est du droit du nu-propiétaire en vertu d'un usufruit, il peut être assimilé à un droit de retour et tomber également sous l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. En effet, le paragraphe 248(3) L.I.R. prévoit une présomption selon laquelle un usufruit est une fiducie aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans le cas où la nue-propiété est conservée par le constituant de l'usufruit, il possède un droit de retour assujéti au sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R. puisque le nu-propiétaire est assimilé à un bénéficiaire du capital²⁷. L'usufruitier, quant à lui, devient le bénéficiaire des revenus de la fiducie et tous ces revenus seront imposés dans les mains du nu-propiétaire.

Pour ce qui est du droit d'usage, une situation intéressante concernant l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. a été présentée à l'ARC²⁸. Un contribuable a disposé d'un immeuble à logements en faveur d'une fiducie et s'est conservé un droit d'usage d'une unité de l'immeuble. Il s'agissait de déterminer si le fait de conserver un droit d'usage faisait en sorte que le bien pouvait revenir au disposant selon le sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R. Selon l'interprétation donnée par l'ARC, le droit d'usage a été considéré comme étant un droit de bénéficiaire au capital de la fiducie, tel qu'il est défini au paragraphe 108(1) L.I.R., et l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. n'a pas été totalement exclue.

Dans un contexte de droit civil, l'usager doit être plutôt assimilé à un bénéficiaire du revenu qu'à un bénéficiaire de capital étant donné qu'il n'a pas droit au bien mais qu'il a le droit seulement de se servir du bien et d'en percevoir les fruits et revenus. L'usager nous semble plus facilement assimilable à l'usufruitier qu'au nu-propiétaire bien que ses droits soient différents²⁹.

²⁶ *Id.*, interprétations techniques 2003-0050671E5, 5 avril 2004 et 2002-0162855, 25 avril 2003.

²⁷ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 92*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1993, pp. 1145-1184, question 5.3, à la page 1173.

²⁸ *Revenue Canada Views*, op. cit., note 4, interprétation technique 2002-0118255, 10 juin 2002.

²⁹ Voir à ce sujet le texte de Claude AUGER, Bernard BARSALO, Ghislain BROSSARD, Jean GAUTHIER, Renaud LACHANCE, « Mémoire sur les fiducies (à suivre...) »

Si l'ARC tenait à imposer le droit d'usage conservé par l'utilisateur, elle devrait plutôt le faire en vertu du paragraphe 105(1) L.I.R. Ce paragraphe indique que la valeur des avantages conférés à un contribuable pendant une année d'imposition par une fiducie doit être incluse dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année. Toutefois, dans le cas où l'utilisateur fait un usage personnel du bien appartenant à la fiducie, aucune cotisation n'est généralement établie sur la base du paragraphe 105(1) L.I.R.³⁰ Il resterait peut-être place à l'application du paragraphe 105(2) L.I.R. selon les faits en cause.

v) Fiducie en faveur de soi-même ou en faveur de son conjoint

Fait intéressant, ce ne sont pas toutes les fiducies créées en faveur de soi-même, ou en faveur du conjoint, qui sont assujetties au paragraphe 75(2) L.I.R. En effet, dans les conditions à respecter afin de se qualifier aux fins du paragraphe 73(1.01) L.I.R., aucune n'exige que les biens doivent revenir au disposant. Dans les situations où le disposant serait seulement bénéficiaire du revenu, et qu'il ne s'est gardé aucun droit sur le capital, alors le paragraphe 75(2) L.I.R. ne trouverait pas application³¹.

Toutefois, cela est peut-être dans bien des cas une discussion très théorique car, si ce n'est pas le paragraphe 75(2) L.I.R. qui s'applique, ce sera probablement le paragraphe 104(13) L.I.R. qui viendra faire en sorte que le disposant inclura les revenus de la fiducie dans ses revenus, cela incluant également les revenus de son conjoint par l'effet des paragraphes 74.1(1) ou 74.2(1) L.I.R. Toutefois, dans le cas où ce serait la fiducie qui s'imposerait sur les sommes, il pourrait y avoir une incidence si le paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquait. En effet, dans le cas où la fiducie serait résidente d'une autre province que celle du disposant, il pourrait en résulter des avantages d'ordre économique quant au taux d'impôt applicable.

(...suite)

familiales », (1994), vol. 6, n° 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 607-628.

³⁰ *Revenue Canada Views*, op. cit., note 4, interprétation technique 9707317, 26 août 1997.

³¹ *Id.*, interprétation technique 2001-0114045, 11 juillet 2002.

1.2.1.2. Notion de « personne »

L'emploi du terme « personne » au paragraphe 75(2) L.I.R. amène deux constatations. Premièrement, à titre de disposant, tant les sociétés par actions que les particuliers peuvent être assujettis au paragraphe 75(2) L.I.R. De plus, il faut noter que ce paragraphe s'applique non seulement au constituant ou au contribuable qui fait la donation initiale, mais également à tout contribuable qui effectuerait une contribution à la fiducie par la suite.

1.2.1.3. Transfert direct ou indirect

En employant les termes « direct » ou « indirect », l'ARC a voulu couvrir un grand nombre de situations. Toutefois, le fait de savoir s'il y a oui ou non transfert indirect n'est pas toujours évident dans certaines situations, c'est pourquoi de nombreuses demandes d'interprétation ont été soumises à l'ARC afin de savoir s'il y avait oui ou non un transfert indirect de biens.

Dans l'un des cas présentés, le constituant d'une fiducie a effectué une donation à cette fiducie, pour laquelle il n'était ni bénéficiaire ni fiduciaire. Par la suite, la fiducie a effectué une distribution à son bénéficiaire pour un montant équivalant à la donation reçue. Subséquemment, le bénéficiaire a utilisé cette donation pour rembourser le disposant³². Dans cette situation, l'ARC a considéré qu'il y avait eu transfert indirect du bien à la fiducie par le bénéficiaire et que le sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R. trouverait application.

Dans le même ordre d'idées, une situation a été présentée à l'ARC concernant une fiducie qui avait contracté un prêt auprès d'une banque et qui avait utilisé l'argent emprunté pour effectuer une donation à son bénéficiaire. Par la suite, le bénéficiaire a fait une donation à la fiducie du même montant que celui de la distribution reçue afin que la fiducie puisse rembourser le prêt. L'ARC a indiqué que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquerait, car le bénéficiaire serait considéré comme ayant fait une contribution révocable³³.

La dernière interprétation concernant le transfert indirect sur laquelle nous nous sommes penchées concerne une société de gestion, détenue à 100 % par les bénéficiaires d'une fiducie qui a effectué une donation à la fiducie d'actions d'une société exploitante qu'elle possédait. L'ARC a indiqué qu'elle pourrait appliquer le sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R. puisque les

³² *Id.*, interprétation technique 9624905, 4 décembre 1996.

³³ *Id.*

bénéficiaires de la fiducie sont les actionnaires de la société de gestion, l'ARC pouvait dès lors considérer que ces actions ont été indirectement reçues des actionnaires³⁴.

Nous sommes totalement en désaccord avec cette interprétation. Une société ayant la capacité légale de procéder à une donation, nous ne voyons pas comment il pourrait s'agir d'un transfert indirect, à moins de pouvoir démontrer que les biens transférés appartenaient antérieurement aux actionnaires-bénéficiaires qui les ont transférés à la société pour que celle-ci fasse ensuite la donation.

1.2.1.4. Vente d'un bien à la fiducie

Plusieurs questions ont été posées à l'ARC relativement à des situations où il existait un solde de prix de vente dû par la fiducie à la suite de l'achat d'un bien ou encore dans des situations où le solde de prix de vente était garanti par un bien de la fiducie.

En réponse à une question posée lors de la Table ronde de 1991 de l'Association canadienne d'études fiscales³⁵, l'ARC a indiqué que le sous-alinéa 75(2)a(i) L.I.R. ne s'appliquerait pas dans le cas de vente véritable et inconditionnelle de bien simplement parce qu'il existe un solde de prix de vente impayé. L'ARC a toutefois tenu à préciser que les commentaires effectués eu égard au prêt ne s'appliqueraient pas, puisque le solde impayé ne constitue pas un prêt.

Toutefois, si le solde impayé est garanti par le bien transféré et que le bien pourrait retourner au disposant s'il y avait faute de paiement, alors l'ARC a indiqué qu'elle pourrait appliquer le sous-alinéa 75(2)a(i) L.I.R. même si la vente a eu lieu à la JVM³⁶. Il faut porter une attention particulière à cette interprétation qui nous montre encore une fois la largesse d'application du paragraphe 75(2) L.I.R. par l'ARC. En effet, tout contribuable qui disposerait d'un bien en faveur d'une fiducie, et ce, même s'il n'a aucun lien avec la fiducie, pourrait être imposé sur les revenus générés par ce bien s'il existait un solde de prix de vente garanti par le bien.

³⁴ *Id.*, interprétation technique 2002-0162985, 18 juillet 2003.

³⁵ « Table ronde de Revenu Canada », dans *1991 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1992, question 8, à la page 50:5.

³⁶ *Revenue Canada Views*, op. cit., note 4, interprétations techniques 2000-0023997, 3 novembre 2000; 2000-0023557, 17 juillet 2000 et 9405845, 14 juin 1994.

1.2.1.5. Renonciation

L'une des solutions envisagées pour éviter l'application du sous-alinéa 75(2)a(i) L.I.R. a été que le disposant signe une renonciation à toute participation éventuelle au capital de la fiducie. L'ARC a indiqué qu'elle doutait de la validité de ce moyen lorsque le disposant n'est pas bénéficiaire de la fiducie au moment de la renonciation et que cette renonciation pouvait être nulle et sans effet en matière juridique. L'ARC a ajouté que cela constituait une question de droit et qu'aucune opinion ne serait émise à cet effet³⁷.

L'ARC a également indiqué, dans la même interprétation, qu'elle ne pouvait commenter l'application du sous-alinéa 75(2)a(i) L.I.R. dans le cas où un bénéficiaire renoncerait à son droit de participer au capital de la fiducie, avant le transfert de biens à la fiducie, sans au préalable être assuré que les biens transférés ne pourraient lui revenir au titre de sa participation au revenu, au titre de toute autre participation éventuelle au capital, ou encore au titre d'un autre droit qu'il pourrait avoir sur le bien transféré.

À la lecture du sous-alinéa 75(2)a(i) L.I.R., il est de notre compréhension que ce sous-alinéa ne s'applique pas à un disposant qui a uniquement droit au revenu de la fiducie. Cependant, si la fiducie effectue une distribution à un disposant qui est bénéficiaire du revenu, le paiement de cette distribution ne devra pas être fait à même les biens reçus du disposant. Cela va à l'encontre de la croyance générale de la plupart des praticiens selon laquelle, si le disposant n'est qu'un bénéficiaire du revenu, le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquera pas. Afin de s'assurer de la non-application de ce paragraphe, une clause dans l'acte de fiducie devra prévoir quelque chose à cet effet.

De plus, selon l'interprétation technique citée plus haut, il est mentionné que, si le disposant effectue une renonciation à tout droit au capital lorsqu'il en est bénéficiaire, avant qu'il ne fasse toute contribution à la fiducie et que l'acte de fiducie prévoit que les biens transférés ne pourront revenir à l'auteur de quelque façon que ce soit, il est possible de conclure que le sous-alinéa 75(2)a(i) L.I.R. ne trouverait pas application, mais il n'est pas certain que le paragraphe 107(2) L.I.R. s'appliquera. En effet, l'ARC a ajouté que le paragraphe 107(4.1) L.I.R. pourrait trouver application dans ce cas. Cela nous semble impossible puisque le paragraphe 75(2) L.I.R. ne se sera pas appliqué aux biens de la fiducie.

³⁷ *Id.*, interprétation technique 2002-0162985, 18 juillet 2003.

1.2.2. Sous-alinéa 75(2)a)(ii) L.I.R.

Le sous-alinéa de 75(2)a)(ii) L.I.R. se lit comme suit : « [...] être transportés à des personnes devant être désignées par la personne après la création de la fiducie ».

1.2.2.1. Faculté d'élire

Ce sous-alinéa vise des situations où le disposant a la possibilité d'élire d'autres bénéficiaires dans la fiducie ou encore des situations où le disposant a la possibilité d'enlever, à la suite de la création de la fiducie, le droit de bénéficiaire à certains bénéficiaires³⁸.

Dans des situations où la nomination des bénéficiaires est préalablement indiquée dans l'acte de fiducie et qu'il n'y a aucune possibilité de la modifier, c'est-à-dire que le disposant ne peut nommer des bénéficiaires additionnels ou encore en radier après la création de la fiducie, le sous-alinéa 75(2)a)(ii) L.I.R. ne trouverait pas application³⁹.

Toutefois, si le disposant se réserve la possibilité de sélectionner des bénéficiaires parmi un groupe de bénéficiaires prédéterminés, alors le sous-alinéa 75(2)a)(ii) L.I.R. pourrait trouver application⁴⁰.

De plus, ce sous-alinéa ne s'appliquera pas dans des situations où le disposant a seulement la possibilité de déterminer le quantum des biens à distribuer par la fiducie parmi les bénéficiaires déjà désignés. Toutefois, si la détermination du quantum fait en sorte que le disposant a la possibilité de déterminer à qui les biens iront, alors ce sous-alinéa trouverait application. Ces conclusions ont été confirmées dans une interprétation technique présentée par l'ARC⁴¹.

Il ressort de ces conclusions que le disposant qui agit à titre de fiduciaire, et qui ne veut pas déclencher l'application de ce sous-alinéa, devra seulement avoir le pouvoir de décider du quantum du bien à distribuer entre les bénéficiaires et non à qui distribuer le bien. Toutefois, il faut faire attention à la façon dont la clause sera formulée dans l'acte de fiducie afin

³⁸ *Id.*, interprétation technique 9202435, 25 juin 1992.

³⁹ *Id.*, interprétation technique 2003-0050671E5, 5 avril 2004.

⁴⁰ *Id.*, interprétation technique 9213965, 11 août 1992.

⁴¹ *Id.*, interprétation technique 2000-0042505, 30 avril 2001.

d'éviter des situations où la détermination du quantum peut faire en sorte que le disposant puisse choisir le bénéficiaire, c'est-à-dire dans des cas où l'un des bénéficiaires pourrait ne rien recevoir, alors le sous-alinéa 75(2)a)(ii) L.I.R. trouverait application⁴².

1.2.2.2. Prise de décision

En ce qui a trait à la prise de décision, le fait que les décisions soient prises à la majorité ou à l'unanimité a un effet sur l'application du sous-alinéa 75(2)a)(ii) L.I.R. dans le cas où le disposant est également fiduciaire de la fiducie.

Dans le cas où les décisions doivent être prises à la majorité, l'ARC a répondu que le sous-alinéa 75(2)a)(ii) L.I.R. s'appliquerait dans les situations où le disposant devait faire partie de la majorité. Dans les autres cas, il ne serait pas applicable⁴³.

Toutefois, une interprétation technique est venue indiquer que, même si les décisions étaient prises à la majorité, le sous-alinéa 75(2)a)(ii) L.I.R. serait applicable puisque les décisions prises pourraient dépendre uniquement de la position du disposant s'il y avait un désaccord entre les deux fiduciaires⁴⁴. Nous ne sommes pas d'accord avec cette interprétation, et le fait que l'ARC soit venue par la suite indiquer le contraire dans d'autres interprétations appuie notre position.

Pour ce qui est des décisions prises à l'unanimité, bien que l'ARC ait indiqué dans une interprétation que le sous-alinéa 75(2)a)(ii) L.I.R. ne serait pas applicable dans les cas où le disposant était l'un des fiduciaires et que les décisions étaient prises à l'unanimité car il n'avait pas le pouvoir de déterminer en faveur de qui les biens seront distribués⁴⁵, de nombreuses interprétations ainsi que de nombreux auteurs ont indiqué le contraire⁴⁶. Il est

⁴² *Id.*, interprétation technique 9213965, 11 août 1992.

⁴³ *Id.*, interprétations techniques 1999-0008275F, 24 janvier 2000; 9717815, 19 novembre 1997 et 9330085, 6 janvier 1994.

⁴⁴ *Id.*, interprétation technique 9524185, 4 janvier 1996.

⁴⁵ *Id.*, interprétation technique 2000-0042505, 30 avril 2001.

⁴⁶ Marc JOLIN, « Le fractionnement de revenu et les pièges insoupçonnés des règles d'attribution », dans *Colloque – La fiducie : le véhicule fiscal du nouveau millénaire*, 88, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 2:1-124; Nathasha GIROUARD, Hugo PATENAUDE et Jean-François PELLAND, « Panel sur (à suivre...) »

donc de notre avis que, lorsque le disposant fait partie des fiduciaires et que les décisions doivent être prises à l'unanimité, le sous-alinéa 75(2)a)(ii) L.I.R. trouvera application⁴⁷.

L'ARC a eu à répondre à une question dans laquelle on demandait si le sous-alinéa 75(2)a)(ii) L.I.R. trouverait application si, après le décès de tous les bénéficiaires de la fiducie, le testament du disposant indiquait à qui iraient les biens de la fiducie. L'ARC a indiqué que ce sous-alinéa trouverait application puisque le disposant gardait la possibilité de déterminer à qui iront les biens après la création de la fiducie⁴⁸.

1.3. L'ALINÉA 75(2)b) L.I.R.

L'alinéa 75(2)b) L.I.R. prévoit « [...] soit que, pendant l'existence de la personne, il ne soit disposé des biens qu'avec son consentement ou suivant ses instructions [...] ».

1.3.1. « Pendant l'existence de la personne »

Si le disposant doit consentir à la disposition des biens ou si une telle disposition doit être faite selon ses instructions, l'alinéa 75(2)b) L.I.R. trouvera application. L'utilisation de l'expression « pendant l'existence de la personne » signifie-t-elle que le consentement du disposant est nécessaire pendant toute son existence ou seulement à un moment donné pendant son existence? Habituellement, lorsque le législateur veut prévoir l'application d'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à un moment durant une période et non durant toute la période, il le prévoit expressément. Cette question ne semble pas avoir été adressée à l'ARC à ce jour. Il semble que le paragraphe 75(2) L.I.R. trouvera application si la disposition est assujettie au consentement ou aux instructions du disposant pendant toute l'existence de celui-ci. Ainsi, si le consentement ou les instructions du disposant sont limités à une certaine période de temps, le paragraphe 75(2) L.I.R. ne trouvera pas application.

(...suite)

les fiducies », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 33:1-102.

⁴⁷ Voir la discussion à la section 1.3.2. du présent texte.

⁴⁸ *Revenue Canada Views*, op. cit., note 4, interprétation technique 2002-0116535, 19 février 2002.

1.3.2. Le consentement ou les instructions du disposant

Si le disposant est le seul fiduciaire de la fiducie, l'alinéa 75(2)b) L.I.R. trouvera application. Cette conclusion s'appliquera même dans le cas où la fiducie n'offre aucune discrétion quant aux décisions. En effet, même dans le cas où le fiduciaire n'exercera pas un contrôle sur la remise des biens aux bénéficiaires, la disposition des biens sera toujours sujette à son consentement et l'alinéa 75(2)b) L.I.R. sera applicable, à moins que l'acte de fiducie ne prévoit entièrement les modalités de disposition et de remise des biens.

Eu égard à l'alinéa b) du paragraphe 75(2) L.I.R., la question a été posée à l'ARC à savoir si celui-ci serait applicable dans une situation où le disposant est le seul fiduciaire d'une fiducie non discrétionnaire et où il n'a pas le pouvoir d'ajouter des bénéficiaires, ceux-ci étant déterminés à l'avance par l'acte de fiducie. La réponse fut positive à savoir que l'alinéa 75(2)b) L.I.R. pourrait s'appliquer étant donné que, bien que le fiduciaire (le disposant) n'ait pas la latitude nécessaire pour distribuer des biens aux bénéficiaires, il conserve toujours le pouvoir de prendre les décisions quant à la disposition des biens⁴⁹.

Même dans le cas où il y a deux fiduciaires ou plus, l'alinéa 75(2)b) L.I.R. sera applicable si les décisions doivent être prises à la majorité et que le disposant doit faire partie de cette majorité⁵⁰. Cette même interprétation est venue préciser que, si les termes de l'acte de fiducie sont modifiés afin de retirer cette obligation stipulant que le disposant doit faire partie de la majorité, le paragraphe 75(2) L.I.R. cessera de s'appliquer. De plus, dans le cas où les décisions doivent être prises à l'unanimité, le paragraphe 75(2) L.I.R. devrait trouver application étant donné que, si le disposant-fiduciaire ne donne pas son accord, les biens ne peuvent être disposés⁵¹. Ainsi, le fait que le disposant-fiduciaire doit faire partie de la majorité dans le cas où l'acte de fiducie prévoit des décisions à la majorité ou que les décisions doivent être prises à l'unanimité aura le même effet, soit amener l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. Tout autre *veto* quant à la

⁴⁹ *Id.*, interprétations techniques 1999-0013055, 20 juin 2002 et 2001-0110425, 20 juin 2002.

⁵⁰ *Id.*, interprétation technique 1999-0013085, 1^{er} août 2002.

⁵¹ *Id.*, interprétations techniques 9717815, 19 novembre 1997; 9514275, 21 août 1995 et 9317655, 17 décembre 1993.

disposition des biens par la fiducie, de quelque nature, détenu par le disposant devrait entraîner l'application du paragraphe 75(2) L.I.R.

Qu'en est-il lorsque le disposant fait partie d'un groupe de trois fiduciaires, qu'il n'a pas de droit de *veto* et que les décisions doivent être prises à la majorité, dans le cas où l'un des trois fiduciaires décède ou est invalide? Afin d'atteindre la majorité, tant qu'il n'y a que deux fiduciaires en fonction, les décisions devront être prises à la majorité. La majorité dans ce cas entraînant la nécessité de prendre les décisions à l'unanimité, le paragraphe 75(2) s'appliquera-t-il? Cela pourrait avoir peu d'incidence quant à l'attribution des revenus, car un autre fiduciaire sera nommé dans un court délai. Cependant, cela pourra faire la différence au chapitre du roulement des biens de la fiducie à ses bénéficiaires⁵².

Plusieurs interprétations mentionnent que, si le disposant est l'un de deux fiduciaires ou plus, le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'appliquera pas s'il agit à titre de fiduciaire et si l'acte de fiducie ne précise pas de quelle façon doivent être administrés les biens de la fiducie, mais le ou les biens doivent plutôt être administrés selon les termes habituellement retrouvés dans un acte de fiducie. Ainsi, dans les interprétations récentes, il ne semble pas nécessaire d'avoir au moins trois fiduciaires en fonction pour éviter l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. Mais que signifie l'expression « les termes qui se trouvent habituellement dans un acte de fiducie »⁵³? Cette expression est utilisée à plusieurs reprises par l'ARC dans ses interprétations, mais le sens de celle-ci n'est pas défini. Les actes de fiducie étant habituellement et heureusement adaptés aux besoins spécifiques du client, il est difficile d'imaginer ce que peut signifier cette expression pour les autorités fiscales. Nous avons posé la question à l'ARC lors de la Table ronde sur la fiscalité fédérale du présent congrès⁵⁴ afin de savoir ce que signifie cette expression. Nous avons obtenu une réponse nous donnant peu d'information. L'ARC précise qu'« on peut considérer que lorsqu'un acte de fiducie ne contient pas de termes spécifiques sur la façon dont des biens de la

⁵² Voir section 1.5. sur le paragraphe 107(4.1) L.I.R.

⁵³ Nous avons traduit, aux fins de ce texte, l'expression « *standard terms ordinarily found in trust indentures* » figurant dans diverses interprétations techniques. *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 4, interprétations techniques 1999-0013085, 1^{er} août 2002; 1999-0013055, 20 juin 2002; 2003-0050671E5, 5 avril 2004 et 2000-0042505, 30 avril 2001.

⁵⁴ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 50:1-78, question 1.6, aux pages 50:21-22.

fiducie doivent être administrés, l'administration de ces biens est assujettie aux termes généraux de l'acte de fiducie [...] ».

Cependant, l'ARC a ajouté qu'en présence de termes qui se trouvent habituellement dans un acte de fiducie le paragraphe 75(2) L.I.R. ne s'applique pas, que les décisions doivent être prises à la majorité ou à l'unanimité. Selon nous, cette réponse apporte un élément très intéressant en ce qui a trait à l'unanimité.

La nécessité d'avoir plus de deux fiduciaires est clairement établie dans les décisions antérieures mais semble mitigée dans les décisions plus récentes qui parlent toujours de la possibilité d'éviter l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. dans le cas où il y a deux fiduciaires ou plus dont fait partie le disposant⁵⁵. La prudence est toutefois de mise.

La question de savoir dans quelles situations on devra considérer qu'il ne peut être disposé des biens qu'avec le consentement du constituant ou suivant ses instructions est une question de fait. Est-ce que le fait pour le disposant de conserver le pouvoir de démettre les fiduciaires et de les remplacer suppose que le disposant conserve le contrôle quant à la disposition des biens transférés à la fiducie? La jurisprudence nous apporte une réponse à cette question. Il a été déterminé que le fait pour l'auteur de conserver le pouvoir de démettre les fiduciaires n'implique pas nécessairement que l'auteur ait conservé un contrôle quant aux biens de la fiducie⁵⁶. Ainsi, tant que les fiduciaires sont en fonction, ce sont eux qui ont le contrôle des biens en fiducie. Le fait que l'auteur puisse ultérieurement les démettre n'y change rien. L'opinion de l'ARC à ce sujet est heureusement en ce sens et stipule ce qui suit :

« [...] le pouvoir de disposition conféré à Fiduciaire en vertu de l'acte de fiducie en regard des biens constituant le patrimoine fiduciaire de Fiducie n'est aucunement assujéti à l'accord ou au consentement de l'Auteur. À cet égard, il est important de noter que le pouvoir de remplacer les fiduciaires accordé à l'Auteur en vertu de l'acte de fiducie n'entraîne pas en soi l'application de l'alinéa 75(2)b de la Loi [...] »⁵⁷.

⁵⁵ *Revenue Canada Views*, op. cit., note 4, interprétation technique 9407905, 6 juin 1994.

⁵⁶ *Thibodeau Family Trust c. La Reine*, [1978] C.T.C. 539, 78 D.T.C. 6376 (ci-après « *Thibodeau* »).

⁵⁷ *Revenue Canada Views*, op. cit., note 4, interprétation technique 2003-0006967, 4 juin 2003.

Cette interprétation, qui nous semble des plus logiques, est tout de même en contradiction avec d'autres interprétations antérieures telles que la décision 9407905⁵⁸. Dans cette question formulée à l'endroit de l'ARC, le disposant, s'étant conservé le pouvoir de nommer, remplacer ou démettre les fiduciaires, était lui-même fiduciaire. Nous ne comprenons pas en quoi cela pourrait changer l'interprétation de la décision précédente. Est-ce que, dans cette situation, le pouvoir de démettre ses cofiduciaires a été assimilé à un *veto*? L'interprétation ne le mentionne pas. L'ARC mentionne ceci :

« Where there are more than two trustees of a trust [...], and the settlor/trustee has the power to appoint, remove or replace any trustee, then it is a question of fact whether the property held by the trust could only be disposed of with the consent or in accordance with the direction of the settlor/trustee. »

Nous croyons que le fait de pouvoir démettre, nommer ou remplacer les fiduciaires sous le chapeau de fiduciaire ou à titre d'auteur ne devrait pas faire de différence. L'ARC a en effet étayé cette position en mentionnant, eu égard à l'application du paragraphe 75(2) L.I.R., que, « for these provisions of the Act, it is also our view that it is not decisive to know if the person from whom the property was received acts in his capacity of settlor or trustee »⁵⁹.

Ainsi, nous sommes tout simplement d'avis que l'interprétation 9407905 est désuète et espérons que les autorités fiscales n'en tiendront plus compte à la suite des décisions comme l'arrêt *Thibodeau* mentionné ci-dessus ainsi que les interprétations qui ont suivi.

1.4. PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. IN FINE

« Tout revenu ou toute perte résultant des biens ou de biens y substitués, ou tout gain en capital imposable ou toute perte en capital déductible provenant de la disposition des biens ou de biens y substitués, est réputé, durant l'existence de la personne et pendant qu'elle réside au Canada, mais non pendant qu'elle y réside par le seul effet du paragraphe 94(3), être un revenu ou une perte, selon le cas, ou un gain en capital imposable ou une perte en capital déductible, selon le cas, de la personne. »

La conclusion du paragraphe 75(2) L.I.R. prévoit que, si les conditions mentionnées précédemment pour l'application de ce paragraphe sont

⁵⁸ *Id.*, interprétation technique 9407905, 6 juin 1994.

⁵⁹ *Id.*, interprétation technique 9213965, 11 août 1992.

remplies, il y aura attribution des revenus, pertes, gains en capital et pertes en capital découlant des biens transférés.

Le *Bulletin d'interprétation* IT-369R⁶⁰ est venu préciser que les revenus et pertes visés au paragraphe 75(2) L.I.R. n'incluent pas les revenus et pertes d'entreprise.

1.4.1. Revenus, pertes, gains en capital et pertes en capital du disposant

Il faut comprendre que les revenus, pertes, gains en capital et pertes en capital assujettis au paragraphe 75(2) L.I.R. sont réputés être ceux du disposant et non de la fiducie ou de ses bénéficiaires. Ainsi, la fiducie n'a pas à inclure ces revenus dans sa déclaration de revenus et n'a pas à attribuer ceux-ci au disposant. Ils sont directement inclus dans la déclaration du disposant. Il n'y a donc pas double imposition⁶¹. Cela pourrait éviter d'avoir à produire une déclaration de revenus pour la fiducie.

Il faut toutefois vérifier si la fiducie n'aurait pas l'obligation de produire une déclaration de revenus selon une autre des conditions comme, par exemple, le fait que la fiducie ait disposé d'immobilisations. Cependant, l'ARC recommande de produire les feuillets T-3 et le relevé 16 afin que le constituant inclue ces montants dans sa déclaration de revenus et d'indiquer par le fait même que ces montants sont exclus des revenus de la fiducie. Nous ne comprenons pas pourquoi des feuillets devraient être produits puisque ces revenus sont ceux du disposant.

Il faut noter également que, bien que les revenus, pertes, gains en capital et pertes en capital soient réputés être ceux du disposant, l'article 160 L.I.R. crée une responsabilité solidaire du disposant et de la fiducie pour le paiement des impôts sur ces revenus.

L'ARC est constante dans son interprétation qui veut que les revenus découlant des biens transférés appartiennent au disposant. En effet, la question lui a été posée à savoir si les intérêts sur un emprunt continuent d'être déductibles dans une situation où un individu emprunte de l'argent. Il

⁶⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-369R, « Attribution du revenu provenant d'une fiducie à un auteur ou disposant », 12 mars 1990.

⁶¹ *Revenue Canada Views*, op. cit., note 4, interprétation technique 2002-0127085, 2 avril 2002.

acquiert à l'aide de cet emprunt un bien générateur de revenus et ses intérêts sont déductibles. Par la suite, il transfère le bien à une fiducie dont il est l'un des deux fiduciaires. L'acte de fiducie prévoit que les décisions doivent être prises à l'unanimité. Étant donné que l'on conclut à l'application de l'alinéa 75(2)b) L.I.R., les revenus seront réputés être ceux du disposant. L'ARC a conclu que, étant donné que ces revenus continuent d'être les siens, il pourra continuer de déduire ses intérêts.

De plus, tel qu'il est précisé dans le *Bulletin d'interprétation* IT-369R⁶², le gain en capital réalisé sur des actions, par ailleurs admissibles à l'exonération pour gain en capital, donnera le droit au disposant, à qui le gain est réputé appartenir, d'utiliser son exonération pour gain en capital sur les actions admissibles de petite entreprise.

Il est à noter que les revenus découlant des montants ayant été assujettis au paragraphe 75(2) L.I.R. ne sont pas eux-mêmes assujettis à ce paragraphe. Ainsi, le revenu découlant d'une somme ayant fait l'objet d'une imposition entre les mains du disposant ne sera pas elle-même assujettie à l'application du paragraphe 75(2) L.I.R.⁶³ Les autorités fiscales ont indiqué qu'en effet les revenus imposés entre les mains du disposant deviennent par la suite des biens de la fiducie. Ainsi, ceux-ci ne sont pas présumés avoir été transférés à la fiducie par le disposant, ce qui aurait entraîné l'attribution des revenus réalisés sur les revenus ayant été assujettis au paragraphe 75(2) L.I.R.

1.4.2. Application durant l'existence de la personne et pendant qu'elle réside au Canada

Le paragraphe 75(2) L.I.R. réputera les revenus comme appartenant au disposant tant que celui-ci réside au Canada et qu'il existe (dans le cas d'un particulier, on doit comprendre tant qu'il est vivant). Le paragraphe 75(2) L.I.R. s'appliquera dans l'année du décès ou de l'émigration, et ce, jusqu'à la date de l'un ou l'autre de ces événements⁶⁴. De plus, il faut préciser que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique lorsque le disposant est résident du Canada peu importe le fait qu'au moment où il a transféré les biens à la

⁶² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 60.

⁶³ *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 4, interprétation technique 2002-0127085, 2 avril 2002; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 60.

⁶⁴ *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 4, interprétation technique 9815227, 7 août 1998.

fiducie il ait été non résident. Le *Bulletin d'interprétation* IT-369R⁶⁵ précise que « l'application des règles d'attribution ne dépend pas du fait que la personne ait été un résident du Canada au moment où la fiducie a reçu les biens ».

Dans le cas où le disposant cesse d'exister, le paragraphe 75(2) L.I.R. cesse de s'appliquer. Dans le cas où les biens ont été reçus d'une société, il pourrait être facile de planifier la cessation d'existence de celle-ci afin de faire cesser l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. Cependant, dans une interprétation récente mentionnée précédemment, l'ARC nous rappelle qu'elle tiendra compte de la personne de qui sont venus les biens « directement ou indirectement »⁶⁶. Ainsi, si l'ARC pouvait conclure que les biens ont été transférés indirectement par l'actionnaire d'une société, par l'intermédiaire de celle-ci, et non réellement par la société, le paragraphe 75(2) L.I.R. ne cesserait pas de s'appliquer simplement par la cessation d'existence de la société puisque le vrai disposant serait considéré comme étant l'actionnaire⁶⁷.

1.5. PARAGRAPHE 107(4.1) L.I.R.

Le paragraphe 107(4.1) L.I.R. constitue souvent l'impact le plus désavantageux de l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. En effet, lorsque le paragraphe 75(2) L.I.R. s'est appliqué à une fiducie à un moment quelconque durant l'existence de celle-ci, le paragraphe 107(4.1) L.I.R. vient faire en sorte d'empêcher le transfert sans incidence fiscale aux bénéficiaires des biens de la fiducie. Les biens ne peuvent être transférés sans incidence fiscale, durant la vie du disposant, qu'à celui-ci ou à son conjoint. Si ceux-ci ne sont pas bénéficiaires, aucun transfert libre d'impôt ne peut être effectué. Cela est grandement problématique lorsque l'on veut remettre du capital aux bénéficiaires ou mettre fin à la fiducie. Cela empêche même la remise des biens aux bénéficiaires afin d'éviter la règle de disposition présumée tous les 21 ans.

Les conditions d'application du paragraphe 107(4.1) L.I.R. sont les suivantes :

⁶⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 60.

⁶⁶ *Revenue Canada Views*, *op. cit.*, note 37. Voir à ce sujet nos commentaires à la section 1.2.1.3.

⁶⁷ *Id.*

- « a) l'attribution a été effectuée en règlement de la totalité ou d'une partie de la participation du contribuable au capital de la fiducie donnée;
- b) le paragraphe 75(2) s'est appliqué à un moment donné aux biens :
 - (i) soit de la fiducie donnée,
 - (ii) soit d'une fiducie comptant parmi ses biens un bien qui, par suite d'une ou de plusieurs dispositions auxquelles le paragraphe 107.4(3) s'est appliqué, est devenu un bien de la fiducie donnée, lequel bien, après le moment donné et avant l'attribution, n'a pas fait l'objet d'une disposition pour un produit de disposition égal à sa juste valeur marchande au moment de la disposition;
- c) le contribuable n'était:
 - (i) ni la personne (sauf une fiducie visée au sous-alinéa b)(ii)) de laquelle la fiducie donnée a reçu, directement ou indirectement, le bien ou un bien qui lui est substitué,
 - (ii) ni un particulier auquel le paragraphe 73(1) s'appliquerait lors du transfert d'une immobilisation de la personne visée au sous-alinéa (i);
- d) la personne visée au sous-alinéa c)(i) existait au moment de l'attribution du bien. »

Si les conditions du paragraphe 107(4.1) L.I.R. sont réunies, celui-ci prévoit que le paragraphe 107(2.1) L.I.R. s'applique à l'attribution d'un bien d'une fiducie à son bénéficiaire, mais le paragraphe 107(2) L.I.R. ne s'y applique pas.

C'est le paragraphe 107(2) L.I.R. qui permet une remise des biens aux bénéficiaires sans incidence fiscale. Le paragraphe 107(2.1) L.I.R., quant à lui, prévoit que la fiducie est réputée disposer de ses biens à la JVM au moment du transfert à un bénéficiaire. Le paragraphe 107(4.1) L.I.R. vient empêcher l'application du paragraphe 107(2) L.I.R. et indique que c'est le paragraphe 107(2.1) L.I.R. qui s'appliquera au transfert. Ainsi, lors du transfert des biens à des bénéficiaires autres que le disposant ou son conjoint, la fiducie est réputée disposer des biens à leur JVM.

Il est possible que l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. cesse à un moment si les conditions ne sont plus remplies. Les revenus cesseront d'être attribués à l'auteur du transfert. Cependant, cela n'aura aucune incidence sur l'application du paragraphe 107(4.1) L.I.R. Le paragraphe 107(4.1) L.I.R. empêchera le roulement des biens aux bénéficiaires selon le paragraphe

107(2) L.I.R., et le paragraphe 107(2.1) L.I.R. entraînera une disposition des biens à la JVM⁶⁸. L'ARC est venue le dire précisément en ces termes : « [...] subsection 107(4.1) of the Act does not require that subsection 75(2) be applicable at the time of the distribution but only that it was applicable at any time in respect of any property of the trust »⁶⁹.

Il est possible de transférer les biens d'une fiducie contaminée par le paragraphe 75(2) L.I.R. en faveur d'une fiducie qui ne l'est pas et ainsi de faire cesser l'application du paragraphe 75(2). L.I.R. Cependant, le transfert à une telle fiducie n'empêchera pas que, lors de la distribution des biens par la deuxième fiducie, le sous-alinéa 107(4.1)b(ii) L.I.R. fera en sorte d'empêcher le transfert, des biens de la fiducie, libre d'impôt aux bénéficiaires⁷⁰.

Il a même été mentionné dans une interprétation technique que, lorsque plusieurs disposants avaient transféré des biens à une fiducie entraînant l'application du paragraphe 75(2) L.I.R., le fait que l'un de ceux-ci soit décédé au moment de la remise du bien que ce dernier avait transféré aux bénéficiaires n'empêchera pas l'application du paragraphe 107(4.1) L.I.R. Selon l'ARC, il faudrait que tous les disposants soient décédés à ce moment pour éviter l'application du paragraphe 107(4.1) L.I.R. Cette interprétation nous semble bien rigide⁷¹. Elle se lit comme suit :

« Where the provisions of subsection 75(2) of the Act were applicable at any time in respect of any property of the trust, it is our view that the provisions of subsection 107(4.1) of the Act would apply to a distribution of trust property if any settlor were alive at the time of the distribution. It is irrelevant that the particular property to be distributed to a beneficiary can be traced back to a particular settlor who is not alive at the time of the distribution. »

Nous nous sommes interrogées sur l'application du paragraphe 107(4.1) L.I.R. dans le cas où il n'y a jamais eu de revenu dans la fiducie. Peut-on dire à ce moment que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'est appliqué puisque, bien que toutes les conditions de ce paragraphe aient pu être remplies, le paragraphe n'a jamais eu de conséquences, car aucun revenu n'a été généré par le bien? Malheureusement oui, car le paragraphe 107(4.1) L.I.R. prévoit

⁶⁸ *Revenue Canada Views, op. cit.*, note 4, interprétation technique 1999-0013085, 1^{er} août 2002.

⁶⁹ *Id.*, interprétation technique 2002-0118255, 10 juin 2002.

⁷⁰ *Id.*, interprétation technique 2001-0067955, 3 janvier 2002.

⁷¹ *Id.*, interprétation technique 1991-137, novembre 1991.

son application dans le cas où le paragraphe 75(2) L.I.R. s'est appliqué aux biens de la fiducie et non aux revenus. L'interprétation technique 920736 est venue répondre à cette question en ces termes⁷² :

« Where the provision of subsection 75(2) of the Act were applicable at any time in respect of any property of a trust, it is our view that subsection 107(4.1) of the Act would apply to a distribution of any property of the trust. It is the Department's position that, although the trust may not have had any income attributable to the settlor of the trust under subsection 75(2) of the Act, this subsection still remains applicable. As a result, subsection 107(4.1) of the Act would apply even though the application of subsection 75(2) of the Act had no immediate tax consequences. »

1.6. PARAGRAPHES 75(2) ET 105(1) L.I.R.

Le paragraphe 105(1) L.I.R. prévoit que, si une personne reçoit certains avantages d'une fiducie, elle devra s'imposer sur la valeur des avantages ainsi reçus de la fiducie. Bien qu'un disposant ait à inclure certains montants découlant d'un bien par lui transféré à la fiducie, le fait pour lui d'utiliser le bien pourrait entraîner l'application du paragraphe 105(1) L.I.R. Il ne s'agit pas de l'imposition d'un même montant, l'un porte sur les revenus découlant du bien, l'autre sur la valeur de l'avantage résultant de l'utilisation du bien.

De plus, il faut noter que, dans le cas où la remise de biens se fait en règlement de la totalité ou d'une partie de la participation du contribuable au capital de la fiducie donnée, soit le paragraphe 107(2) ou le paragraphe 107(2.1) L.I.R. s'appliquera. Ainsi, l'ARC considère que, dans ce cas, aucun avantage n'a été conféré selon le paragraphe 105(1) L.I.R. Il est à remarquer que les paragraphes 107(2) et 107(2.1) L.I.R. s'appliquent à la remise de biens par une fiducie à ses bénéficiaires. Dans ce cas, l'ARC n'appliquera pas le paragraphe 105(1) L.I.R. Mais qu'en est-il si la remise est faite à une personne qui n'est pas bénéficiaire (par exemple, selon une décision des fiduciaires, en violation de leurs obligations fiduciaires ou avec l'accord des bénéficiaires)? Normalement, il ne doit pas y avoir double imposition. Cependant, si la fiducie dispose à la JVM du bien, et que le disposant est imposé selon le paragraphe 105(1) L.I.R. sur la valeur du bien reçu à titre d'avantage, une double imposition pourrait survenir.

⁷² *Id.*, interprétation technique 920736, 22 juillet 1992.

2. L'ÉQUIVALENT PROVINCIAL DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R., L'ARTICLE 467 DE LA LOI SUR LES IMPÔTS

L'équivalent en vertu de la *Loi sur les impôts* du paragraphe 75(2) L.I.R. est l'article 467 L.I. Nous désirons dans cette section démontrer les différences devant être faites dans l'interprétation et l'application de cet article par rapport à son pendant fédéral.

L'article 467 L.I. se lit comme suit :

« Le revenu, la perte, le gain en capital imposable ou la perte en capital admissible attribuable à un bien qui a été cédé par une personne, appelée « cédant » dans le présent article, ou qui a été substitué à un tel bien sont réputés ceux du cédant tout au long de son existence et aussi longtemps qu'il réside au Canada si le bien ou celui pour lequel il a été substitué a été cédé à une fiducie créée depuis 1934 et si l'un ou l'autre bien remplit l'une des conditions suivantes :

- a) il peut retourner au cédant;
- b) il peut être transféré à des personnes désignées par le cédant subséquemment à la création de la fiducie;
- c) il ne peut être aliéné tout au long de l'existence du cédant sans son consentement. » (Notre soulignement)

2.1. « UN BIEN QUI A ÉTÉ CÉDÉ PAR UNE PERSONNE »

La disposition fédérale prévoit que le bien doit être **détenu** par la fiducie et on parle de la personne de qui les biens ont été reçus. La version provinciale exige, quant à elle, une cession du bien à la fiducie.

Il semble qu'en pratique cette différence ait peu d'intérêt quant à l'application concrète de cet article.

Toutefois, une différence intéressante peut être notée entre les dispositions fédérale et provinciale. En effet, le paragraphe 75(2) L.I.R. couvre tant les situations où le bien a été reçu directement d'une personne que celles où il a été reçu indirectement. Il semble que le transfert indirect ne soit pas couvert par la disposition provinciale. Comme il a été indiqué précédemment, l'ARC s'est prononcée sur la possibilité d'appliquer le paragraphe 75(2) L.I.R. en cas de transfert indirect dans le cas où des biens avaient été transférés à une fiducie par une société dont les actionnaires

étaient les bénéficiaires de la fiducie⁷³. Selon le libellé de l'article 467 L.I., nous ne croyons pas que cette conclusion serait possible eu égard à l'application de la loi provinciale.

L'article 691.1 L.I. est l'équivalent du paragraphe 107(4.1) L.I.R. Pour l'essentiel, bien que la terminologie soit quelque peu différente, l'application de ces deux dispositions est au même effet. Une différence a cependant attiré notre attention. Le sous-paragraphe 691.1 1)c)i L.I. mentionne ce qui suit : « c) le contribuable n'est pas l'une des personnes suivantes : i) la personne, [...], qui, directement ou indirectement, a cédé à la fiducie donnée le bien donné, [...]; » (Notre soulignement).

Nous croyons que l'article 467 L.I. ne peut s'appliquer en cas de cession indirecte et que l'article 691.1 L.I. ne peut s'appliquer si l'article 467 L.I. ne s'est pas appliqué à un moment donné aux biens de la fiducie, il est inutile que le sous-paragraphe 691.1 1)c)i L.I. prévoit la cession indirecte étant donné qu'en cas de cession indirecte l'article 691.1 L.I. ne pourra trouver application puisque la condition précédente ne sera pas remplie, soit l'application préalable de l'article 467 L.I.

2.2. « UNE FIDUCIE CRÉÉE DEPUIS 1934 »

Le paragraphe 75(2) L.I.R. mentionne qu'il est applicable à une fiducie créée **de quelque façon que ce soit** depuis 1934. L'article 467 L.I. ne fait pas de précision quant à son application à toute fiducie peu importe la façon dont elle a été créée.

Il nous semble qu'encore une fois cette différence ne change rien à l'interprétation. Nous pourrions même ajouter que la disposition fédérale est probablement trop généreuse et que les mots « de quelque façon que ce soit » n'ajoute absolument rien à cet article.

2.3. « IL PEUT RETOURNER AU CÉDANT »

La loi fédérale prévoit l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. si les biens peuvent revenir à la personne de qui ils ont été reçus. La version anglaise fait référence à une notion de common law qui nous semble inconnue en droit civil, soit la notion de « *revert* ». Étant donné que le droit civil ne reconnaît pas cette expression propre au droit des fiducies de common law, nous trouvons dommage qu'elle ait été reprise dans la version

⁷³ *Id.*, interprétation technique 2002-0162985, 18 juillet 2003.

anglaise de la loi provinciale. Cela nous porte toutefois à croire que le législateur québécois a voulu que l'interprétation soit la même que celle de la disposition fédérale.

2.4. « IL NE PEUT ÊTRE ALIÉNÉ TOUT AU LONG DE L'EXISTENCE DU CÉDANT SANS SON CONSENTEMENT »

La disposition fédérale prévoit quant à elle, pour que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique, que les biens ne peuvent être disposés qu'avec son consentement ou suivant ses instructions. Bien que la loi fédérale soit plus explicite, nous croyons que le fait d'avoir besoin du consentement du disposant implique que la disposition doive être faite selon ses instructions puisque, si la disposition du bien ne répond pas aux exigences du cédant (si la disposition n'est pas faite selon ses instructions ou selon son désir), il ne donnera tout simplement pas son consentement.

Il pourrait toutefois être argumenté que, dans une certaine mesure, l'article 467 L.I. couvre un moins grand nombre de situations que le paragraphe 75(2) L.I.R. En effet, dans une situation où l'acte de fiducie prévoirait que le disposant ne peut s'opposer à la disposition du bien mais qu'il peut en prévoir les modalités, les instructions du disposant doivent être suivies, mais il ne peut s'opposer à la disposition. Ainsi, son consentement n'étant pas requis, mais ses instructions devant être suivies, l'article 467 L.I. ne s'appliquerait pas, mais le paragraphe 75(2) L.I.R. trouverait application.

2.5. HARMONISATION

Force nous est de constater que l'article 467 L.I. a fait l'objet d'un effet d'harmonisation important avec la disposition fédérale. En effet, l'examen des versions antérieures de cet article nous indiquait certaines différences assez marquées par rapport à la disposition fédérale. Selon les versions antérieures, l'article 467 L.I. semblait d'application plus restreinte que le paragraphe 75(2) L.I.R. Tel n'est plus le cas. Exception faite du transfert indirect, ces deux dispositions tendent à s'interpréter sensiblement de la même façon.

3. L'APPLICATION DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. À QUELQUES CAS PRATIQUES

3.1. LA VENTE D'UN BIEN PAR UN FIDUCIAIRE

M. X est actionnaire de la société ABC inc. ABC inc. est une société exploitant une petite entreprise. M. X détient aussi depuis quelques années

des actions de DEF inc., une société inactive ne détenant aucun actif. M. X procède à un gel de ses actions ordinaires de ABC inc. De nouvelles actions ordinaires de ABC inc. sont émises à une fiducie dont le constituant est le père de M. X. La donation lors de la création a été d'une once d'or. Les bénéficiaires de ladite fiducie sont les enfants de M. X. Les fiduciaires sont M. X et un tiers non liés. Les décisions doivent être prises à la majorité et M. X doit faire partie de cette majorité.

Quelques années plus tard, dans le cadre d'une organisation de la gestion des liquidités de la fiducie, les fiduciaires décident d'interposer une société de gestion entre la fiducie et ABC inc. Plutôt que d'incorporer une nouvelle société, les fiduciaires décident d'acquérir la société DEF inc. de M. X pour 1 \$ puisque celle-ci est toujours inactive et n'a aucune valeur.

Quelques années plus tard, les fiduciaires décident de mettre fin à la fiducie et de remettre les biens aux bénéficiaires de la fiducie, soit les enfants de M. X. Malheureusement, leur fiscaliste, qui n'a pas été consulté lors de la mise en place de la société de gestion, leur annonce que le transfert des actions aux bénéficiaires ne pourra se faire sans incidence fiscale étant donné que M. X, qui est l'un des deux fiduciaires, a transféré un bien à la fiducie (les actions de DEF inc.), le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique aux biens de la fiducie et aucun roulement n'est possible en faveur des bénéficiaires.

La valeur du bien transféré et le fait que la transaction se soit faite à la JVM n'ont aucune incidence sur l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. Ainsi, le sous-alinéa 75(2)a)(ii) L.I.R. et l'alinéa 75(2)b) L.I.R. s'appliqueront et entraîneront l'application des paragraphes 107(4.1) et 107(2.1) L.I.R., empêchant ainsi le transfert libre d'impôt en faveur des bénéficiaires.

3.2. VENTE PAR UN TIERS

M^{me} Y possède un immeuble locatif qu'elle décide de mettre en vente. Elle reçoit une offre d'achat d'une fiducie constituée par un tiers au profit des enfants de ce tiers. M^{me} Y accepte de vendre l'immeuble à la fiducie et de financer le solde du prix de vente. Toutefois, M^{me} Y prend bien soin de conserver une garantie sur l'immeuble en cas de non-paiement par la fiducie.

Bien que cela soit surprenant, lors de la production de sa déclaration fiscale, son fiscaliste lui explique que l'ARC pourrait vouloir inclure un montant à titre de revenu de location qui correspond à l'ensemble des revenus annuels de l'immeuble. Celui-ci lui indique qu'une certaine règle

d'attribution s'applique, car il y a une possibilité que le bien vendu à la fiducie puisse lui revenir.

En effet, comme M^{me} Y est considérée comme étant un disposant de la fiducie, le fait que le bien pourrait lui revenir à la suite d'un non-paiement par la fiducie déclenche l'application du sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R.

3.3. POSSIBILITÉ DU DISPOSANT DE DEVENIR FIDUCIAIRE

M. et M^{me} H ont créé une fiducie en faveur de leurs enfants. Tout a été fait selon les règles de l'art. M^{me} H a contribué à la fiducie en faisant donation d'une pièce d'or. M. H sera l'un des fiduciaires de la fiducie avec son meilleur ami, les décisions devront être prises à l'unanimité. La fiducie a contracté un prêt auprès d'une institution bancaire pour l'achat d'actions d'une société exploitant une petite entreprise dont M. et M^{me} H sont actionnaires en parts égales. Le prix payé pour les actions correspond à la JVM à ce moment. L'acte de fiducie prévoit une clause de remplacement des fiduciaires qui indique qu'en cas de décès de M. H, M^{me} H pourra être cofiduciaire de la fiducie.

La question est donc de savoir si le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique à cette situation du vivant de M. H. À la lecture du sous-alinéa 75(2)a)(ii) L.I.R., il est indiqué que, s'il existe une possibilité que le bien ne puisse être disposé qu'avec le consentement ou suivant les instructions du disposant, ce sous-alinéa s'appliquera. Toutefois, en vertu des nouvelles interprétations de l'ARC, si l'acte de fiducie est rédigé selon les termes habituellement retrouvés dans un acte de fiducie, le fait que M^{me} H devienne cofiduciaire ne fera pas en sorte que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique.

3.4. FIDUCIE CRÉÉE POUR LE PAIEMENT D'UNE PENSION ALIMENTAIRE

Dans le cadre d'une séparation et afin de garantir le paiement d'une pension alimentaire à son ex-conjointe, un individu crée une fiducie et y contribue un important capital. Il est prévu que, pendant cinq ans, les revenus seront payables à l'ex-conjointe. Après ces cinq ans, le capital sera remis à l'individu.

Pendant ces cinq ans, les revenus payables à madame devront être imposés entre les mains de monsieur et non entre les mains de son ex-conjointe qui a droit auxdits revenus et qui les reçoit. Cette situation est rendue possible par l'application du paragraphe 75(2) L.I.R.

CONCLUSION

Le présent texte permet de voir l'étendue du paragraphe 75(2) L.I.R. Nous croyons même que certains auront été surpris d'apprendre que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique à certaines situations qui ne semblent pas problématiques à première vue.

Nous croyons que la méconnaissance de ce paragraphe par les praticiens demeure grande puisqu'il n'est pas rare de lire dans un acte de fiducie que les fiduciaires devront s'assurer qu'ils négocient à la JVM avec un bénéficiaire ou avec un fiduciaire. Il faut comprendre que le fait de négocier à la JVM n'a aucun effet quant à l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. Nous croyons que l'acte de fiducie devrait contenir une clause stipulant que les fiduciaires devraient consulter un fiscaliste avant de faire l'acquisition de tout bien par la fiducie. Pourquoi mettre en place de telle structure si, par une simple transaction, elle n'atteint plus l'objectif de sa mise en place?

Il semble alarmant de voir la largesse avec laquelle l'ARC interprète le paragraphe 75(2) L.I.R. Il ne serait pas étonnant dans les prochaines années de voir certains contribuables contester l'application dudit paragraphe devant les tribunaux. Nous serons, dans ce cas, extrêmement surpris si ceux-ci maintiennent les interprétations des autorités fiscales tel qu'au regard de ce qui doit être un prêt véritable, du transfert indirect et du transfert de bien avec garantie sur le bien.

Nous espérons que les prochaines années apporteront des solutions logiques et concrètes à l'application et à l'interprétation de ce paragraphe.

PARTIE C**La législation rétroactive, une arme à deux tranchants**

Claude P. Desaulniers, avocat
McCarthy Tétrault s.r.l./s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION

Même si normalement les lois n'ont pas une portée rétroactive, chacun sait que ce principe est très mitigé dans le domaine de la fiscalité puisque toute mesure fiscale est généralement précédée d'une annonce, tels un budget, un avis de motion de voies et moyens ou même une simple déclaration ministérielle, de sorte que la législation qui va suivre est normalement rétroactive à la date de cette annonce. Ce n'est pas l'idéal, bien sûr, puisqu'il y a toujours une incertitude quant à l'adoption éventuelle de la mesure annoncée et, le cas échéant, quant à sa forme. Cette incertitude persiste tant et aussi longtemps que la mesure n'est pas finalement adoptée, si elle l'est, et les délais sont généralement assez longs entre l'annonce d'une mesure de modification et son adoption par les autorités législatives compétentes, situation que l'on décrie avec raison. De toute façon, les praticiens de la fiscalité sont habitués à composer avec cette situation.

Là où le bât blesse, pourtant, c'est la récente propension des autorités fiscales, tant fédérales que québécoises, à procéder à des amendements rétroactifs ou, pis encore, déclaratoires. Dans certains cas, ces amendements s'appliquent même à des causes pendantes. Une telle situation est certainement malsaine et susceptible de miner la crédibilité des contribuables envers le système fiscal auquel ils sont soumis. Nous nous proposons donc d'étudier brièvement, dans ce document, les principes qui régissent la rétroactivité des lois et les préalables énoncés par les autorités fiscales pour y avoir recours tout en considérant certains cas récents de législation rétroactive et leurs conséquences sur le système canadien.

1. RÉTROACTIVITÉ ET RÉTROSPECTIVITÉ

Très souvent, et peut-être encore plus en matières fiscales, un amendement législatif vient modifier les droits et les obligations des contribuables. Sous réserve de certaines législations constitutionnelles, il n'y a véritablement pas de droit qui soit à l'abri d'un amendement législatif. Par exemple, lorsqu'on a introduit l'imposition des gains en capital en 1972, on venait directement s'attaquer à un principe qui existait depuis l'adoption de la loi, c'est-à-dire que l'augmentation de capital des biens, que ce soit en

raison de l'inflation ou d'autres causes, n'avait pas la nature d'un revenu et échappait donc à la taxation.

Par contre, la disposition en cause n'était pas rétroactive en ce sens qu'elle ne s'appliquait pas à un gain en capital réalisé avant 1972. Elle aurait pu par contre être rétrospective et s'appliquer à des gains latents au 31 décembre 1971 et réalisés par la suite. Toutefois, on a essayé d'éliminer toute rétrospectivité d'imposition des gains accrus à cette date par le moyen de dispositions transitoires. Par contre, les nouvelles dispositions ne s'appliquaient pas qu'à des biens acquis après 1971, mais également à des biens acquis avant l'adoption de la loi, d'où un certain élément de rétrospectivité. Il est en réalité très fréquent que des dispositions fiscales aient un effet rétrospectif ou viennent restreindre ou annihiler des droits des contribuables.

Il en est toutefois autrement lorsque la loi est rétroactive puisque l'on vient alors modifier le résultat fiscal non seulement de transactions qui auront lieu après l'annonce ou l'adoption de la loi, mais également, et surtout, le résultat fiscal de transactions qui ont eu lieu ou d'événements qui sont survenus antérieurement à cette date. On peut donc immédiatement réaliser que les conséquences d'une telle législation sont beaucoup plus pernicieuses puisque le contribuable peut se voir imposé sur des revenus qu'il aurait pu éviter par le biais d'une planification appropriée. En conséquence, s'il est normal d'accepter qu'une législation vienne modifier pour l'avenir les droits des contribuables qui pourront alors ajuster leurs affaires en conséquence, il en est tout autrement lorsque l'on vient changer leurs droits de façon rétroactive alors qu'ils ont agi sur la base d'une législation à laquelle ils se sont tout simplement conformés.

2. PRÉSUMPTION DE NON-RÉTROACTIVITÉ

Il semble y avoir unanimité, tant sur le plan du droit civil que de la common law, qu'il existe une présomption de non-rétroactivité des lois. Par conséquent, on admet qu'il n'y a pas d'obstacle pour la législature d'édicter des lois rétroactives dans la mesure où elle le fait de façon expresse, sous réserve d'un accroc à une loi constitutionnelle. Dans l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique*¹, la Cour suprême mentionne ceci :

« Suivant le raisonnement appliqué à la loi de 1976, ces dispositions semblent être un exercice légitime de son pouvoir de taxation directe dans les limites de

¹ [1989] 1 R.C.S. 1161.

la province, avec cette seule différence que les dispositions de 1981 ont un effet rétroactif, ce que la Constitution n'interdit pas². »

Dans l'affaire *Procureur général du Québec c. Fédération des producteurs d'oeufs de consommation du Québec*³, la Cour d'appel du Québec a même clairement dit que les tribunaux n'avaient pas à s'interroger sur l'opportunité d'une loi rétroactive :

« Il est peut-être bon de rappeler que les législatures provinciales, tout comme le parlement, peuvent légiférer rétroactivement en autant que les compétences législatives de l'acte fédératif sont respectées et que le pouvoir judiciaire n'a pas à examiner la sagesse ou l'opportunité des mesures législatives imposées même rétroactivement⁴. »

3. RÉTROACTIVITÉ DES LOIS FISCALES

Traditionnellement, chaque loi amendant les lois fiscales contient son lot d'applications rétroactives, normalement à la date où les amendements ont été annoncés. On a appris à vivre avec ce type de situation malgré un certain climat d'incertitude entre le moment de l'annonce et celui de l'adoption de l'amendement, surtout que dans certains cas ce délai peut couvrir plusieurs années. Entre-temps, l'économie ne peut être paralysée et les contribuables doivent espérer, d'une part, que l'amendement sera effectivement apporté et, d'autre part, qu'il le sera dans des termes qui ne différeront pas de ceux de l'annonce ou qui ne viendront pas réduire ou augmenter sa portée de façon indue. Par contre, au cours des dernières années, on a assisté à une recrudescence d'amendements déclaratoires ou rétroactifs à des périodes bien antérieures à leur annonce et cette façon de procéder n'a pas été sans créer un certain malaise auprès des contribuables, des praticiens de la fiscalité ainsi que des sociétés professionnelles qui les régissent.

a) Un peu d'histoire

Pourquoi et quand faire des amendements rétroactifs? La réflexion sur le sujet s'est amorcée à la suite de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *La Reine c. Gulf Canada Resources Ltd.*⁵ Dans cette affaire, le fisc fédéral avait refusé de reconnaître la façon dont la compagnie calculait son

² *Id.*, 1192.

³ [1982] C.A. 313.

⁴ *Id.*, 319.

⁵ 96 D.T.C. 6065 (C.A.F.) (ci-après « *Gulf Canada* »).

revenu relatif aux ressources et avait décidé de contester l'affaire devant les tribunaux tout en sachant fort bien qu'une quarantaine d'autres sociétés du secteur des ressources avaient emboîté le pas à Gulf Canada. Après que la Cour suprême du Canada a refusé d'entendre l'appel du gouvernement à l'encontre de la décision de la Cour d'appel fédérale, le fisc s'est vu dans l'obligation de rembourser aux sociétés en question un montant excédant 2 G\$. Le vérificateur général du Canada avait alors vertement critiqué le ministère des Finances et le ministère du Revenu pour avoir surestimé leurs chances d'avoir gain de cause devant les tribunaux et laissé pourrir une situation pendant des années au lieu d'intervenir en temps et lieu.

Le rapport du vérificateur général avait fait l'objet d'une étude devant le Comité permanent des comptes publics qui, dans son rapport au gouvernement, faisait le commentaire suivant :

« Si l'on a décidé de plaider l'affaire *Gulf*, c'est parce qu'on supposait que le gouvernement gagnerait. Aucun des ministères n'a vraiment envisagé la possibilité d'une défaite – pas plus que l'éventualité de conséquences désastreuses étant donné le manque à gagner – avant qu'il ne soit trop tard. Les ministères l'ont admis devant le Comité. L'hypothèse que la victoire leur était acquise pourrait finalement mener à un remboursement de 2 000 000 000 \$. Les ministères ont peut-être raison d'affirmer qu'ils n'avaient d'autre recours que d'en appeler du jugement défavorable en première instance, mais le Comité est profondément troublé par le fait qu'ils aient omis d'adopter des correctifs avant d'en arriver à ce stage. Manifestement, la suffisance et des erreurs de jugement ont coûté excessivement cher aux contribuables canadiens et à leur gouvernement⁶. »

En conséquence, dans ses recommandations, le Comité conclut qu'il doit y avoir un système formel de gestion des risques pour l'assiette fiscale, et a fait certaines recommandations, dont les suivantes :

« Que le ministère des Finances établisse les critères qu'il utilisera pour déterminer les circonstances dans lesquelles il est opportun de modifier rétroactivement la Loi afin de la rendre plus claire;

Que le ministère des Finances soumette au Comité pour examen les critères qu'il aura établis pour la modification rétroactive de la Loi dans les 90 jours suivant la publication du rapport⁷. »

⁶ CANADA, Chambre des communes, *Septième rapport du Comité permanent des comptes publics*, Fascicule n° 25, 25 février 1995, pp. 25.3 à 25.5.

⁷ *Id.*, p. 25.9.

Il ressort donc clairement du rapport du Comité permanent des comptes publics que non seulement on encourageait le gouvernement à mettre sur pied un système de gestion des risques, mais qu'on ouvrait également la porte à une protection accrue des recettes publiques par l'utilisation d'amendements rétroactifs dans la mesure où on le ferait selon des balises bien précises.

b) Facteurs retenus

Dans sa réponse au rapport du Comité, le gouvernement s'est rendu à ces demandes et a fourni les détails de son système de gestion des risques. Puis, le gouvernement répond aux recommandations du Comité et énumère les critères qui seront utilisés pour modifier rétroactivement la loi.

Le gouvernement reconnaît d'emblée que les modifications rétroactives visant à clarifier la loi ne devraient être faites que dans des situations exceptionnelles. Il précise ensuite que certaines dispositions ont déjà été prises pour contrer la possibilité pour certains contribuables de bénéficier de décisions judiciaires favorables à d'autres contribuables dans la mesure où les années d'imposition étaient encore ouvertes, comme ce fut le cas à la suite du jugement de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Gulf Canada*. C'est ainsi, de préciser le gouvernement, que des amendements ont été apportés à la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁸ par l'ajout des paragraphes 165(1.11) à 165(1.14) qui balisent les conditions d'opposition et d'appel des grandes sociétés et limitent les droits d'appel aux points soulevés dans leur avis d'opposition.

Par contre, le gouvernement exprime ses craintes quant à l'utilisation que certains contribuables pouvaient encore faire des décisions rendues par les tribunaux :

« Il doit y avoir des limites à la mesure dans laquelle une décision rendue au sujet d'une cotisation peut valoir pour l'impôt exigé d'autres contribuables et pour d'autres années d'imposition. L'absence de telles limites pourrait complètement perturber les recettes gouvernementales et pourrait permettre au contribuable de retirer des gains inattendus de décisions qui ne les concernent pas directement⁹. »

⁸ L.R.C. (1985), 5^e supp., c.1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

⁹ Réforme détaillée du gouvernement du Canada au *Septième rapport du Comité permanent des comptes publics*, p. 2.

En conséquence, le gouvernement énumère certains facteurs pouvant justifier des amendements rétroactifs, tout en précisant qu'aucun de ces facteurs n'est en soi décisif, de sorte qu'ils ne doivent pas être considérés isolément, sauf le dernier, comme on le verra plus loin. Les facteurs énumérés par le gouvernement sont les suivants :

- 1) Les modifications correspondent à une interprétation de la Loi donnée par le ministère du Revenu national qui est bien connue et établie depuis longtemps.

Ce critère semble fondé sur la présomption qu'une décision judiciaire qui viendrait contredire une interprétation à laquelle la plupart des contribuables se sont conformés ne devrait pas frustrer indûment les attentes des contribuables ni déranger l'ordre établi. Selon le gouvernement, « une minorité de contribuables verront leurs attentes (injustifiées) frustrées par cette disposition, tandis que la plupart des contribuables, qui ont accepté l'intention générale de la Loi et s'y sont conformés, verront confirmer leurs attentes et leur confiance dans le droit »¹⁰. Cette affirmation du gouvernement est pour le moins troublante; n'y a-t-il pas une quantité importante de décisions judiciaires qui viennent carrément contredire des bulletins d'interprétation qui existent parfois depuis 20 ou 30 ans? Que doit-on comprendre par ailleurs d'une interprétation « bien connue et établie depuis longtemps »? Sur ce point, est-ce qu'une interprétation récente a moins de valeur qu'une interprétation établie depuis longtemps? Ne doit-on pas déduire de cette affirmation que des contribuables qui sont en désaccord avec une interprétation du gouvernement doivent suivre celle-ci? Pourquoi, finalement, l'interprétation du fisc aurait-elle préséance sur celle des contribuables?

- 2) Les modifications traduisent une politique qui découle clairement des dispositions pertinentes ou que les contribuables connaissent bien et comprennent.

Selon le gouvernement, ce critère s'applique lorsque « l'interprétation littérale d'une disposition législative entraîne un résultat qui est manifestement contraire à la politique sous-jacente »¹¹, mais seulement « dans la mesure où la politique peut facilement être déduite des dispositions pertinentes ou peut raisonnablement être considérée comme bien connue et

¹⁰ *Id.*, p. 18.

¹¹ *Id.*

comprise des contribuables »¹². On reconnaît ici les arguments qui ont été mis de l'avant par la Couronne dans des affaires impliquant la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »). En plus des commentaires mentionnés ci-dessus qui s'appliquent également à ce facteur, on est quand même surpris de constater que le gouvernement veut faire payer ses erreurs par les contribuables. En effet, si le gouvernement a été incapable d'exprimer sa politique fiscale de façon correcte, ne devrait-il pas en porter seul la responsabilité?

- 3) Les modifications visent à empêcher que certains contribuables ne reçoivent un avantage.

Ici, il s'agit de la théorie du gain fortuit, c'est-à-dire où le contribuable bénéficierait d'une réduction ou d'un remboursement auquel il ne s'attendait pas. Toutefois, le gouvernement précise bien qu'une telle interprétation ne devrait entraîner d'amendements rétroactifs que « dans la mesure où la perte de recettes fiscales correspondant à ce gain inattendu risque de se traduire par une augmentation des impôts et des taxes des autres contribuables »¹³. Évidemment, on peut toujours argumenter qu'une réduction d'un dollar d'impôt pour un contribuable entraînera une augmentation correspondante des impôts des autres contribuables, mais dans le contexte où l'on n'a pas considéré qu'un montant d'impôt dépassant le milliard de dollars dans le cas de Gulf et des autres sociétés impliquées était suffisant pour faire un amendement rétroactif, on peut se demander où se situe effectivement le seuil pour le gouvernement.

- 4) Les modifications sont nécessaires pour maintenir la stabilité de l'assiette des recettes publiques.

Ce critère est effectivement une extension du critère précédent. Le gouvernement l'explique selon que l'incidence « peut atteindre une ampleur telle que le gouvernement peut à bon droit adopter une modification rétroactive afin de protéger des recettes auxquelles il était en droit de s'attendre »¹⁴, mais il continue en mentionnant que ce critère ne devrait jamais s'appliquer isolément, mais seulement lorsqu'un ou plusieurs autres des critères énumérés s'appliquent. Il ajoute qu'à l'inverse, le gouvernement ne devrait pas recourir à ce critère « lorsque très peu de recettes fiscales sont

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*, p. 19.

directement ou indirectement compromises »¹⁵. Encore une fois, où est le seuil à compter duquel il y aurait atteinte aux attentes du gouvernement à l'égard des recettes publiques?

- 5) Les modifications consistent à corriger des dispositions ambiguës ou erronées, non conformes à l'objet de la Loi.

Le gouvernement mentionne que seul ce critère peut être considéré isolément et donner ouverture à une modification rétroactive. En fait, le gouvernement précise qu'il ne fait qu'appliquer à la loi le critère prévu à l'alinéa 221(2)b) L.I.R. pour les règlements. Le problème, comme on l'a vu dans plusieurs décisions traitant des dispositions antiévitements, est qu'il n'est pas si facile de déterminer quel est l'objet de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et si le contribuable en a abusé. Encore ici, le spectre entre une disposition clairement erronée et une disposition ambiguë est très vaste. Les tribunaux ne sont-ils pas là justement pour résoudre des ambiguïtés?

En ce qui concerne le Québec, précisons que, dans un communiqué de la ministre des Finances en date du 26 juin 2002¹⁶ à la suite de certaines décisions judiciaires, celle-ci annonçait des amendements déclaratoires à la *Loi sur la taxe de vente du Québec*¹⁷. Elle précisait, en ce qui concerne la rétroactivité d'un tel amendement qui était alors applicable aux causes pendantes : « il s'agit toutefois de situations extrêmement rares, justifiées, dans tous les cas, par une approche visant à assurer le respect d'une politique fiscale claire et appliquée depuis toujours ». D'autres commentaires de la ministre indiquaient clairement qu'elle faisait siens les critères établis par le gouvernement fédéral.

4. APPLICATIONS PRATIQUES

Malgré le fait que l'on doive effectivement s'attendre à ce que ce genre d'amendement soit extrêmement rare, pour emprunter les mots de la ministre des Finances du Québec, la suite démontrera qu'il n'en est pas nécessairement le cas. Il est intéressant de noter que plusieurs des

¹⁵ *Id.*

¹⁶ QUÉBEC, ministère des Finances, *Communiqué*, « Mme Marois adresse un message clair aux entreprises, aux organismes de services publics ainsi qu'à leurs représentants, en amendement la TVQ de façon déclaratoire », 26 juin 2002. Ce communiqué était accompagné du *Bulletin d'information* 2002-7 portant la même date.

¹⁷ L.R.Q., c. T-0.1 et mod.

amendements rétroactifs auxquels il est fait référence ci-après sont survenus à la suite d'un jugement d'un tribunal d'appel, ce qui semble démontrer clairement que le système de gestion des risques mis sur pied par le gouvernement a eu de sérieux ratés. On voulait éviter que la situation pourrisse pendant des années avant que le législateur n'intervienne. Or, dans les cas en cause, non seulement on a accepté de jouer la voie judiciaire au lieu d'intervenir dès le début, mais encore, on l'a jouée jusqu'au bout, et ce, dans la plupart des cas jusqu'au niveau des cours d'appel.

4.1. L'AFFAIRE B.C. FERRY ET AUTRES C. LA REINE ET LA LOI SUR LA TAXE D'ACCISE¹⁸

Dans une décision datée du 10 mai 2001 portant sur la *Loi sur la taxe d'accise*¹⁹, la Cour d'appel fédérale concluait que le *Règlement sur les provisions de bord*²⁰ ne respectait pas les dispositions de la loi habilitante, soit le paragraphe 59(3.2) L.T.A. En conséquence, le tribunal confiait le tout au gouvernement pour qu'il modifie le règlement en conséquence, et ce, dans un délai de cinq mois au cours duquel le tribunal suspendait sa décision d'invalidité. La compagnie alléguait en effet que le règlement accordant le remboursement de taxe de vente pour les fournitures de bord était discriminatoire et non conforme à la loi et qu'il devrait être amendé pour qu'elle y soit assujettie.

Or, au lieu d'amender le règlement pour le rendre conforme à la loi habilitante, un avis de motion de voies et moyens fut déposé à la Chambre des communes le 27 septembre 2001²¹, quelques jours à peine avant l'expiration du délai accordé par le tribunal. Aux termes de cet avis, non seulement le gouvernement ne modifiait pas le règlement, mais au contraire il amendait plutôt la disposition habilitante, et ce, rétroactivement au 10 novembre 1986 de manière à justifier la validité du règlement qui avait été jugé illégal par le tribunal. Dans le même élan, l'avis de motion de voies et moyens ajoutait que « le *Règlement sur les provisions de bord* [...] et ses modifications successives sont réputés avoir été valablement pris et les actes accomplis sous son régime depuis le 10 novembre 1986, ainsi que les

¹⁸ [2001] C.A.F. 146.

¹⁹ L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »).

²⁰ DORS/86-878, tel qu'amendé en 1993, DORS/93-153.

²¹ CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens visant à modifier le tarif des douanes, la Loi sur la taxe d'accise et des lois connexes concernant les provisions de bord*, 18 septembre 2001.

conséquences découlant de ce règlement depuis cette date sont réputés s'appliquer comme s'il avait été ainsi pris »²². Notons que ces amendements mettaient fin à toute possibilité de remboursement pour les entreprises qui avaient contesté le règlement et ne prévoyaient aucune exception pour les causes pendantes devant les tribunaux.

4.2. L'AFFAIRE COMMISSION SCOLAIRE DES CHÊNES ET AUTRES C. LA REINE²³ ET L'AFFAIRE COMMISSION SCOLAIRE DES CHÊNES ET AUTRES C. SMRQ ET LA LOI SUR LA TAXE D'ACCISE ET LA LOI SUR LE MINISTÈRE DU REVENU

Un nombre important de commissions scolaires, surtout au Québec et en Ontario, avaient allégué qu'elles avaient droit à un plein crédit de taxe sur intrants (ci-après « CTI ») et à un plein remboursement de taxe sur intrants (ci-après « RTI ») sur la base que la fourniture du transport scolaire dans leurs circonstances particulières n'était pas une fourniture exonérée, mais bel et bien une fourniture taxable. Dans cette décision datée du 17 octobre 2001, la Cour d'appel fédérale donnait raison à 19 de ces commissions scolaires. Notons que les causes concernant les autres commissions scolaires au niveau fédéral et toutes les causes au niveau provincial restaient en suspens en attendant la décision de la Cour d'appel fédérale. Les 20 et 21 décembre 2001, avant même que le délai d'appel pour demander la permission d'appeler devant la Cour suprême du Canada ne soit écoulé, la ministre des Finances du Québec et le ministre des Finances du gouvernement canadien annonçaient respectivement un amendement déclaratoire à la *Loi sur la taxe de vente du Québec* et à la *Loi sur la taxe d'accise*, et ce, rétroactivement aux dates d'adoption de ces lois.

Après une série de procédures infructueuses pour prévenir l'audition des autres causes avant l'adoption de l'amendement déclaratoire, la Couronne fédérale acceptait finalement qu'un consentement à jugement soit déposé dans le cas des autres commissions scolaires, tant du Québec que de l'Ontario. Toutefois, lorsque l'avis de motion de voies et moyens fut déposé, il prévoyait que non seulement la mesure serait rétroactive, mais également que si une commission scolaire dont la cause avait fait l'objet d'un consentement à jugement recevait un remboursement tel que demandé, alors le ministre aurait le pouvoir d'établir une nouvelle cotisation pour réclamer à la Couronne le paiement du remboursement ainsi effectué, et ce, dans

²² *Id.*, art. 6.

²³ [2002] G.T.C. 1032.

l'année suivant la date de sanction de la loi, malgré l'article 298 L.T.A. « et toute décision relative à cette période de déclaration rendue par un tribunal après le 21 décembre 2001 »²⁴. L'amendement ainsi annoncé à la *Loi sur la taxe d'accise* fut adopté tel quel et, de son côté, la *Loi sur la taxe de vente du Québec* fut également l'objet d'un amendement rétroactif applicable entre autres aux causes pendantes.

4.3. L'AFFAIRE VILLE DE CHARLESBOURG²⁵ ET VILLE DE SAINT-ÉMILE C. SMRQ²⁶ ET LA LOI SUR LA TAXE DE VENTE DU QUÉBEC

À la même époque, certaines municipalités avaient réclamé auprès de Revenu Québec un plein RTI à l'égard de certains services fournis par elles directement ou par l'entremise d'un sous-traitant à ses administrés, tels l'enlèvement de la neige et le ramassage des ordures. La réclamation était fondée sur le fait que la fourniture de tels services constituait une fourniture non taxable, telle que définie avant son abrogation en 1995. Encore une fois, Revenu Québec a décidé de contester ces réclamations jusque devant la Cour d'appel du Québec qui rendit un jugement favorable à deux de ces municipalités en date du 18 février 2002, confirmant ainsi le jugement de première instance.

Dans son communiqué du 26 juin 2002²⁷, la ministre des Finances d'alors réagit de façon plutôt agressive aux réclamations effectuées par des organismes du secteur public financés par le gouvernement. On est aussi surpris de constater qu'elle personnalise le débat dans ce communiqué en s'en prenant directement à leurs représentants dans les termes suivants : « Or, dans la plupart de ces situations, les procédures n'ont été initiées qu'à la suite de démarches de certains consultants rémunérés à pourcentage, qui incitent leurs clients à remettre en cause des règles fiscales pourtant bien établies et appliquées de façon constante par tous les intervenants depuis l'entrée en vigueur du régime de la TVQ²⁸. » Quoique l'on puisse comprendre la réaction de la ministre compte tenu qu'il s'agissait d'organismes de services publics, il n'en reste pas moins que la loi fiscale

²⁴ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2003*, 18 février 2003, p. 427.

²⁵ [2002] R.D.F.Q. 23 (ci-après « *Ville de Charlesbourg* »).

²⁶ SOQUIJ, AZ-50113547; la Cour se réfère simplement à ses motifs dans l'affaire *Ville de Charlesbourg*.

²⁷ QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 16.

²⁸ *Id.*, p. 1.

doit être interprétée comme le législateur l'a écrite. De plus, n'y a-t-il rien de plus légitime dans une société démocratique que tout contribuable ait le droit de s'adresser aux tribunaux pour faire valoir son point de vue et que des consultants aient le droit de veiller à ce que la règle de droit prévale sur l'interprétation administrative?

Finalement, la ministre précise dans ce communiqué que la loi serait modifiée de façon déclaratoire, ce qui fut subséquemment fait, privant ainsi un nombre important de municipalités québécoises du remboursement additionnel auquel elles auraient autrement eu droit.

4.4. SERVICES MUNICIPAUX DE TRANSPORT

Dans le dernier budget du Québec²⁹, on a également annoncé un amendement déclaratoire pour prévoir que la fourniture de services municipaux de transport serait dans tous les cas considérée comme des fournitures exonérées, et ce, afin d'empêcher certaines commissions de transport de demander de pleins CTI et de pleins RTI lorsque, par exemple, elles rendent de tels services par contrat à une agence de transport métropolitain. L'amendement en cause, qui n'a pas encore été adopté formellement, sera selon le budget présenté par le ministre des Finances également déclaratoire et rétroactif au 23 avril 1996.

4.5. RGAÉ

Pour ne pas être en reste avec son homologue provincial, le ministre des Finances fédéral annonçait, dans son Budget du 23 mars 2004³⁰, son intention de faire un amendement rétroactif à la RGAÉ. Cet amendement à l'article 245 L.I.R. est déclaratoire et vient modifier cette disposition depuis son adoption en 1988. L'amendement en question, qu'on mentionne uniquement aux fins de clarifier la législation, a notamment pour but de prévoir que la RGAÉ s'applique aux règlements et aux conventions fiscales auxquels le Canada est partie.

Il est loin d'être certain qu'il s'agit ici d'une clarification à la loi. En fait, la Cour canadienne de l'impôt, notamment dans les affaires *Rousseau-Houle c. La Reine*³¹ et *Fredette c. La Reine*³², a conclu que les mots « d'abus

²⁹ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2004-2005, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 30 mars 2004.

³⁰ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2004*, 23 mars 2004.

³¹ 2001 D.T.C. 621.

³² 2001 D.T.C. 250.

dans l'application des dispositions de la présente loi » ne s'étendaient pas aux règlements et que, si le législateur avait voulu ainsi les étendre, il l'aurait dit spécifiquement comme il l'a fait dans d'autres dispositions.

On peut évidemment s'interroger sur la raison pour laquelle un tel amendement est déclaratoire. Peut-il y avoir d'autres raisons que de couper l'herbe sous le pied de ceux qui ont eu l'audace de s'opposer aux cotisations du ministre sur la base de ces arrêts de la Cour canadienne de l'impôt?

4.6. L'AFFAIRE LA REINE C. MARKEVICH³³ ET PRESCRIPTION

À la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Markevich*, le ministre des Finances du Canada annonçait dans un communiqué du 4 mars 2004³⁴ que la *Loi de l'impôt sur le revenu* serait modifiée. Comme on le sait, la Cour suprême dans cette affaire a jugé que la Couronne était assujettie à la prescription de six ans prévue par la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*³⁵.

Dans son communiqué, le ministre prévoit que le délai sera étendu à 10 ans. Du même souffle, cependant, il ajoute que « dans le cas des impôts devenus exigibles avant la date d'aujourd'hui mais demeurés impayés, le délai de prescription de dix ans commence à courir aujourd'hui »³⁶.

Quoique ce commentaire du ministre soit un peu ambigu, on croit comprendre que la rétroactivité de la loi s'étendra non seulement aux délais de prescription qui couraient à la date du communiqué, mais couvrira également les cas où la prescription avait été acquise par le délai de six ans avant la date du communiqué, ce qui serait un accroc très clair aux droits acquis des contribuables concernés. Par ailleurs, en faisant courir ce délai à compter du 4 mars 2004, il sera d'autant accru pour les contribuables dont la dette fiscale a pris naissance avant cette date. Les représentants de l'Agence du revenu du Canada auraient par la suite confirmé que l'amendement ferait revivre des droits de recouvrement autrement prescrits à la suite de la décision de la Cour suprême.

³³ 2003 D.T.C. 5185 (ci-après « *Markevich* »).

³⁴ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2004-17, « Le ministre des Finances propose des modifications visant le délai de prescription applicable au recouvrement des créances fiscales fédérales », 4 mars 2004.

³⁵ L.R.C. (1985), c. C-50.

³⁶ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 34, p. 1.

5. COMMENTAIRES

Les cas mentionnés ci-dessus sont autant d'exemples qu'il est peut-être temps de tirer la sonnette d'alarme et de mettre fin à l'utilisation répétée d'amendements déclaratoires, du moins dans des situations telles que celles énumérées ci-dessus. Bien sûr, les critères adoptés par le gouvernement pour faire des amendements déclaratoires sont tellement flous qu'il est toujours possible pour le gouvernement de les invoquer dans n'importe quelle situation. Il reste toutefois, comme les deux paliers de gouvernement l'ont admis, qu'il devrait s'agir de mesures exceptionnelles appliquées dans des cas extrêmement rares et pour des raisons extrêmement sérieuses. Or, il est loin d'être certain que ces critères ont été appliqués dans plusieurs des exemples ci-dessus.

Le Barreau du Québec, l'Association du Barreau canadien et l'Institut canadien des comptables agréés se sont insurgés dans certains des cas mentionnés ci-dessus contre l'utilisation d'amendements déclaratoires. En général, les arguments suivants ont été soulevés à l'encontre de tels amendements :

- a) La règle de droit prévaut au Canada; les contribuables peuvent différer d'opinion avec le fisc, mais alors ils prennent le risque que le tribunal ne soit pas d'accord avec leur interprétation, auquel cas ils devront payer leur dû au fisc selon la loi telle qu'interprétée par le tribunal. De la même façon, cependant, la Couronne doit adhérer à la loi dans son administration de la loi fiscale. Le respect pour la loi et l'intégrité du système serait gravement compromis si le contribuable devait suivre la loi alors que les autorités fiscales n'auraient pas la même obligation. Le même résultat s'ensuivrait si les autorités fiscales pouvaient changer les règles du jeu par des amendements rétroactifs.
- b) Le message véhiculé par le genre d'amendements en cause est que les contribuables ne peuvent s'appuyer sur l'interprétation de la loi telle qu'ils la comprennent, mais bien plutôt sur l'interprétation qu'en donnent les fonctionnaires, et ce, même si cette interprétation leur apparaît fausse. Doivent-ils suivre la loi ou l'interprétation des fonctionnaires?
- c) Généralement, un amendement rétroactif modifie des droits acquis. Dans l'affaire des commissions scolaires, le gouvernement s'arroge même le droit d'aller chercher entre les mains de celles-ci des montants qui leur ont été accordés par jugement d'un tribunal du consentement même de la Couronne. Les tribunaux ont toujours conclu qu'on ne pouvait ainsi

modifier les droits acquis que dans les circonstances les plus rares, ce qui n'était certainement pas le cas ici.

- d) Agir ainsi est la façon la plus claire de miner la confiance des contribuables dans le système fiscal canadien; comment avoir confiance au système si l'une des parties peut le modifier à sa guise? Comment avoir confiance si le contribuable doit suivre la loi, mais pas le ministre?
- e) De la même façon, si le ministre décide de jouer la carte judiciaire et de contester l'interprétation du contribuable devant les tribunaux (et pensons aux coûts que cela implique pour le contribuable, qu'il gagne ou pas), ne doit-il pas, ne serait-ce que par déférence envers ceux-ci, obtempérer aux ordres de la Cour? Autrement, ce n'est pas seulement le système fiscal qui est discrédité, mais également le système judiciaire.

CONCLUSION

Même si les tribunaux ont reconnu au législateur le droit de prendre des mesures rétroactives dans la mesure où il le faisait clairement et sans ambiguïté, il n'en reste pas moins que le gouvernement lui-même a voulu baliser l'utilisation d'un tel pouvoir compte tenu de ses répercussions sur la confiance des contribuables dans notre système où l'autocotisation constitue la base. On ne peut en effet penser que les contribuables auront confiance au système si l'autre partie prenante, soit le fisc, intervient couramment et de façon unilatérale pour changer les règles du jeu à l'égard de transactions ou d'événements survenus dans le passé en conformité avec les lois qui s'y appliquaient à l'époque. Agir ainsi risque de miner non seulement la confiance des contribuables dans le système, mais également les efforts énormes qui ont été faits par les autorités fiscales au cours des dernières décennies pour changer le climat des relations entre les contribuables et le fisc. Ces efforts ont porté fruit, les représentants du fisc sont descendus de leur tour d'ivoire et sont devenus ouverts au dialogue avec les fiscalistes et les contribuables qui sont devenus leurs « clients », et non plus des adversaires systématiques. Est-ce que ce recours aux amendements déclaratoires est une bonne façon d'agir avec des « clients »? Il faut espérer que les exemples mentionnés ci-dessus ne constituent qu'un incident de parcours.

PARTIE D**Limite à la déduction des frais de placements au Québec – Budget 2004**

Serge-Hugues Ouimet, CA
BDO Dunwoody s.r.l.

INTRODUCTION

William James, un psychologue américain du début du 20^e siècle, a dit il y a une centaine d'années :

« Lorsqu'une nouvelle théorie est proposée, les gens la juge immédiatement comme absurde; ensuite elle est reconnue comme vraisemblable, mais évidente et insignifiante; finalement, elle est jugée comme tellement importante que ses adversaires disent qu'ils sont ceux qu'ils l'ont découverte¹. »

Du point de vue psychologique, les gens ont toujours la même réaction.

À la suite du Budget du Québec du 30 mars 2004², tout le monde s'est empressé de dénigrer la nouvelle mesure restreignant la déductibilité des frais de placements. Ensuite, on a considéré l'insignifiance de l'implantation d'une telle restriction et maintenant, après l'avoir acceptée ou plutôt après s'être résigné, on essaie de réduire l'impact de cette limite et de bien paraître auprès de nos clients.

J'ai reproduit ci-dessous (section 1.) le texte intégral de la mesure, tel qu'indiqué dans les *Renseignements additionnels sur les mesures du budget* du 30 mars 2004³.

1. LIMITE À LA DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE PLACEMENTS

Selon les dispositions fiscales actuelles, un particulier peut déduire, sous certaines conditions, les dépenses engagées au cours d'une année d'imposition pour gagner un revenu provenant d'une entreprise ou de biens.

¹ William JAMES, *The Toastmaster's Treasure Chest*, n° 2664, New Jersey, Castle Books, 2002, p. 168.

² QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2004-2005, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 30 mars 2004, pp. 162-165.

³ *Id.*

Or, contrairement à l'exercice d'une entreprise, la détention de biens, tels les placements en actions, nécessite peu de temps et d'attention de la part de l'investisseur et, de ce fait, le revenu qui en découle est généralement considéré comme un revenu passif, tout comme le gain en capital.

Pour un investisseur, l'acquisition de placements répond à un double objectif, soit celui de produire un revenu de biens et de réaliser éventuellement un gain en capital. Par conséquent, les dépenses engagées pour gagner un revenu de biens peuvent être reliées non seulement à la réalisation d'un tel revenu, mais également à la réalisation éventuelle d'un gain en capital.

D'autre part, les revenus de placements sont souvent réalisés sur une base très irrégulière, de sorte que pour une année d'imposition donnée, de tels revenus pourront être inférieurs aux dépenses qui ont été engagées pour gagner ces revenus. La déductibilité de ces dépenses n'étant pas actuellement limitée aux revenus générés, le particulier qui, au cours d'une année d'imposition, a engagé des dépenses supérieures aux revenus qui ont été générés peut ainsi réduire ses revenus d'autres provenances, tels le revenu d'emploi et le revenu provenant d'une entreprise, d'un tel excédent.

Aussi, considérant, d'une part, que les dépenses engagées pour gagner du revenu de biens sont attribuables à la réalisation d'un revenu passif et, d'autre part, qu'il importe d'établir une certaine symétrie entre le flux des revenus provenant de la détention de placements et les dépenses engagées pour gagner de tels revenus, la déductibilité de telles dépenses engagées par un particulier⁴ (ci-après « frais de placements ») sera dorénavant limitée aux revenus provenant de tels placements (ci-après « revenus de placements ») qui auront été réalisés au cours d'une année d'imposition.

Pour plus de précision, la limitation de la déductibilité des frais de placements ne s'appliquera pas aux frais de placements engagés pour gagner un revenu actif, tel un revenu provenant d'une entreprise, ou encore un revenu provenant de la location d'un bien.

1.1. FRAIS DE PLACEMENTS

Les frais de placements considérés dans le calcul de la limite de la déductibilité des frais de placements seront toutes les dépenses engagées pour gagner un revenu de biens, autre qu'un revenu de location, et

⁴ Pour l'application de cette mesure, un particulier comprend une fiducie.

comprendront notamment les frais de placements suivants, qui seraient par ailleurs considérés pour le calcul de la perte nette cumulative sur placement (ci-après « PNCP ») si ce n'était de la présente limitation :

- les frais d'administration ou de gestion des placements;
- les frais de garde des actions ou des valeurs mobilières;
- les honoraires versés à des conseillers en placements;
- les intérêts payés sur les emprunts contractés pour acquérir des obligations, des actions et des unités dans une fiducie de fonds communs de placement;
- la part dans la perte d'une société de personnes dont le particulier est un associé déterminé.

Toutefois, les pertes subies sur la location d'un bien ne seront pas considérées comme des frais de placements pour l'application de cette mesure.

1.2. REVENUS DE PLACEMENTS

Les revenus de placements considérés dans le calcul de la limite de la déductibilité des frais de placements seront tous les revenus de biens et comprendront notamment les revenus de placements suivants, qui seraient par ailleurs considérés dans le calcul de la PNCP :

- les dividendes imposables des sociétés canadiennes imposables;
- les intérêts de source canadienne;
- la part dans le revenu d'une société de personnes dont le particulier est un associé déterminé;
- les revenus bruts de placements à l'étranger;
- les gains en capital imposables non admissibles à l'exemption sur les gains en capital imposables;
- les avantages reçus à titre d'actionnaire d'une société;

- les redevances de source canadienne;
- les revenus accumulés d'une police d'assurance vie;
- les revenus provenant d'une fiducie;
- les revenus de biens attribués à des actionnaires.

Toutefois, les revenus provenant de la location d'un bien ne seront pas considérés comme des revenus de placements pour l'application de cette mesure.

1.3. CALCUL DES FRAIS DE PLACEMENTS DÉDUCTIBLES POUR UNE ANNÉE D'IMPOSITION

Tel qu'il a été mentionné précédemment, les frais de placements, engagés pour gagner des revenus de placements au cours d'une année d'imposition donnée, seront déductibles jusqu'à concurrence des revenus de placements qui auront été gagnés pour cette même année d'imposition.

Les frais de placements qui ne pourront être déduits dans une année d'imposition donnée pourront être reportés à l'encontre des revenus de placements gagnés dans une des trois années d'imposition précédentes ou dans toute année d'imposition subséquente, et ce, dans la mesure où les revenus de placements gagnés dans l'une ou l'autre de ces années seront supérieurs aux frais qui auront alors été déduits. Le traitement fiscal des frais de placements sera ainsi semblable à celui appliqué à l'égard d'une perte en capital.

1.4. AUTRES MODALITÉS

Le report des frais de placements non déduits pour une année d'imposition s'effectuera dans le calcul du revenu. Ainsi, un particulier pourra demander en déduction, dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition donnée, un montant à l'égard des frais de placements engagés dans une année d'imposition antérieure ou subséquente et qui n'ont pu être déduits en raison de l'application de la présente mesure.

Lorsque les frais de placements non déduits auront été engagés dans une année d'imposition subséquente à l'année d'imposition donnée, le particulier devra alors faire parvenir à Revenu Québec, sur un formulaire prescrit, la

demande visant à modifier la déclaration fiscale qu'il a produite pour cette année donnée.

Cette demande devra être produite au plus tard le jour auquel la déclaration du particulier pour cette année subséquente doit être produite et le particulier devra, au moment où il produit le formulaire prescrit, indiquer la fraction des frais de placements non déduits qui doit être appliquée à chacune des années d'imposition précédant l'année où les frais de placements ont été engagés mais n'ont pu être déduits.

Enfin, un particulier pourra déduire dans le calcul de son revenu, pour l'année d'imposition au cours de laquelle il est décédé et pour l'année d'imposition précédente, les frais de placements non déduits en raison de l'application de la présente mesure et dont il n'a pas demandé la déduction dans le calcul de son revenu pour une autre année d'imposition.

1.5. DATE D'APPLICATION

Ces modifications s'appliqueront à compter du jour du présent *Discours sur le budget*⁵. Toutefois, à l'égard de l'année d'imposition 2004, la limite à la déductibilité des frais de placements ne s'appliquera qu'à l'égard de la partie de l'excédent des frais de placements sur les revenus de placements, calculée proportionnellement au nombre de jours qui suivent le jour du présent *Discours sur le budget*⁶ par rapport au nombre de jours de l'année d'imposition.

2. ABSURDITÉ DE CETTE NOUVELLE MESURE

Le préambule de la mesure fait référence à trois nouveaux concepts fiscaux qui ne s'appliquent présentement pas aux particuliers.

Le premier concept que le gouvernement présente est le concept du temps nécessaire pour gagner ce type de revenu. On vient prétendre que le but de cette nouvelle source spécifique de revenu est différent des sources de revenu d'emploi et de revenu d'entreprise. On vient prétendre qu'à cause du peu de temps supposément investi par le particulier, cette source de revenu devrait être traitée différemment.

⁵ QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 2.

⁶ *Id.*

Le deuxième concept vient changer la position fiscale où les particuliers sont imposables sur leurs revenus reçus durant une année fiscale moins les dépenses payées ou les déductions permises pour cette même année d'imposition, et ce, peu importe la nature de leurs revenus. Dorénavant, les revenus et les dépenses de placements seront calculés comme s'ils faisaient partie d'une source spécifique de revenu. On vient donc créer un nouveau concept fiscal de source de revenu de placements. Ce revenu net sera calculé séparément comme le calcul d'un revenu de location ou d'un revenu d'entreprise où l'on devra calculer séparément le revenu net ou la perte nette de placement pour l'inclure ou la déduire dans le calcul du revenu net du particulier.

Auparavant, un particulier était imposable sur une base de caisse, peu importe qu'il y ait appariement des revenus avec les dépenses. Le particulier était imposé sur le montant net global de tous ses revenus nets encaissés dans une année, peu importe leur nature ou leur source de revenu. La nouvelle mesure veut donc créer une restriction annuelle quant à la déduction de cette source spécifique de revenu que si le revenu net de placements est positif. On s'éloigne alors du concept d'imposition sur une base de caisse.

2.1. COMPLEXITÉ ACCRUE

En juin dernier, lors du dépôt par le ministre des Finances, M. Yves Séguin, de son point de vue sur la simplicité de la loi fiscale⁷, celui-ci nous laisse perplexes quant au sérieux de son gouvernement et nous faisons face à un paradoxe des plus ridicules.

En effet, le ministre Séguin mentionne que le ministère des Finances désire continuellement simplifier sa loi fiscale et n'introduire que des nouvelles mesures qui répondront aux visions sociales, économiques et culturelles de son gouvernement⁸.

La nouvelle mesure sur la limite de la déductibilité des frais de placements est une mesure qui ne répond pas aux critères énoncés par le ministre Séguin. Cette mesure vient compliquer indûment la loi fiscale et n'apporte aucun stimulant social ou économique pour les citoyens québécois. Cette mesure apporte par contre 28 M\$ par année au coffre québécois. Le

⁷ Simplification de la fiscalité, Bibliothèque nationale du Québec, juillet 2004.

⁸ *Id.*, p. 3.

gouvernement vient donc augmenter les impôts des Québécois d'une façon qui frôle l'hypocrisie.

Selon le ministre Séguin :

« [...] la finalité première d'un régime fiscal est de produire des recettes permettant à l'État de financer les dépenses publiques⁹. »

Le besoin de préparer un calcul séparé sur un formulaire distinct vient compliquer la préparation des déclarations fiscales des particuliers. Cette mesure vient également cibler des particuliers qui ont effectué des investissements sur des bases fiscales établies depuis longtemps et ces particuliers peuvent maintenant se retrouver dans des situations qui ne pourront pas être améliorées avant un certain temps.

Les fiscalistes devraient exprimer ouvertement leur mécontentement quant à l'implantation d'une telle mesure qui ne vient qu'alourdir le fardeau fiscal de certains particuliers. On aurait dû protester un peu plus fort lors de l'implantation des restrictions de la déductibilité pour les frais de bureau à la maison et de la déduction pour repas limitée à 1,25 % des revenus bruts.

3. MESURE JUGÉE VRAISEMBLABLE, MAIS ÉVIDENTE ET INSIGNIFIANTE

3.1. ANALYSE DE L'IMPACT FISCAL

Le fait que la déductibilité des frais de placements soit limitée au montant de revenus nets de placements fait en sorte que le particulier différera cette déduction à une année subséquente. Le report du remboursement d'impôt, disons au taux maximal de 24 %, représente 2 400 \$ par portion de 10 000 \$ de frais de placements excédentaires. En présumant un taux de rendement annuel de 5 %, le report d'impôts représente une perte de rendement d'environ 120 \$ par tranche de 10 000 \$ de report de pertes de placements.

Les frais de financement perdus à la suite du report de cette déductibilité semblent mineurs et devraient s'appliquer à très peu de gens. Par contre, les documents budgétaires indiquent une rentrée de fonds de 28 M\$ pour une année fiscale complète. Le Ministère tient-il compte de la dette remboursable aux particuliers des années subséquentes?

⁹ *Id.*

Chez BDO nous avons recalculé les déclarations fiscales de nos clients pour l'année 2003 en tenant compte des critères de cette nouvelle mesure restrictive. Nous avons pu identifier 104 de nos clients qui, si la mesure s'était appliquée pendant toute l'année 2003, auraient eu à payer un montant additionnel d'impôt ou auraient eu droit à un remboursement inférieur.

L'ensemble de ces clients, en presumant qu'ils sont tous au taux d'imposition maximal, aurait eu à payer environ 62 500 \$ d'impôts additionnels. Nos 15 clients les plus touchés auraient eu à payer environ 42 000 \$ de plus d'impôts.

3.2. FRAIS DE PORTEFEUILLE

Habituellement, les frais suivants devraient être inférieurs aux revenus de placements :

- frais d'administration ou de gestion de placements;
- frais de garde d'actions ou de valeurs mobilières; et
- honoraires de conseillers en placements.

Les frais sur les emprunts ayant servi à faire l'acquisition d'actions, d'obligations et d'unités de fonds communs de placements peuvent être engagés ou payés avant que les revenus n'aient été gagnés et reçus. En effet, certains revenus d'intérêts ne sont encaissables qu'à la date anniversaire de l'investissement tandis que les frais d'intérêts sont payables mensuellement ou sont payés en partie lors de l'acquisition du placement. Dans d'autres situations, certaines actions ne versent des dividendes qu'à intervalles irréguliers. La dépense d'intérêts engagée durant presque deux années devra être comparée aux revenus encaissés lors de la deuxième année.

3.3. APPLICATION POUR L'ANNÉE 2004

La mesure proposée peut être inéquitable lorsque l'on calcule le montant de revenus et de dépenses qui peut être déductible durant l'année 2004. Prenons l'exemple de la situation où le particulier a encaissé en janvier 2004 une grande partie de son capital pour éliminer divers emprunts qui lui avaient servis à investir dans un portefeuille d'actions. Il se retrouve alors avec des frais d'intérêts substantiels tous versés en janvier 2004, disons de 50 000 \$. Si par la suite, et ce, après le 1^{er} avril 2004, le particulier ne gagne aucun revenu de placements, il ne pourra pas déduire ses frais de placements de 50 000 \$ à l'encontre de ses revenus nets encaissés durant l'année civile.

La mesure proposée fait en sorte que l'excédent des dépenses sur les revenus de placements, soit 50 000 \$, ne sera déductible en 2004 qu'au prorata du nombre de jours après le 30 mars 2004. Ainsi, au lieu de déduire 50 000 \$ en 2004 à l'encontre de tous ses autres revenus, le particulier ne pourra déduire qu'environ 12 500 \$. Il pourra alors reporter le solde de ses frais de placements sur les trois années précédentes ou à une année subséquente et ne pourra déduire ce solde qu'à l'encontre de revenus de placements.

3.4. DÉPART DU QUÉBEC

Un particulier qui quitte le Québec ne pourra pas utiliser son solde non déduit de frais de placements. En effet, la mesure ne prévoit la déduction du solde que dans la déclaration d'un particulier décédé pour l'année de son décès et pour l'année précédente.

3.5. ACTIONNAIRE D'UNE SOCIÉTÉ PRIVÉE

Souvent, un particulier fera l'acquisition d'actions d'une société privée ou débitera les opérations d'une telle société en investissant une somme d'argent dans la nouvelle société. L'investissement proviendra en partie d'un emprunt d'une institution bancaire. Les frais de placements ne seront assujettis à la nouvelle mesure et ne pourront être déduits durant l'année fiscale que si le particulier reçoit des revenus de placements soit en dividende sur les actions, soit en intérêt sur l'avance de fonds, qui seront supérieurs à cette dépense.

3.6. PERTE AU TITRE DE PLACEMENT ADMISSIBLE

Les intérêts versés sur un emprunt ayant été utilisé pour financer une perte au titre d'un placement d'entreprise sont considérés comme des frais de placements déductibles, mais ils peuvent ne pas être déductibles dans l'année si le particulier n'a plus de source de revenu de placements. Il devra alors attendre son décès pour pouvoir les utiliser.

3.7. PNCP

Les dépenses et les revenus mentionnés ci-dessus ne feront partie du calcul de la PNCP que s'ils ont pu être déduits aux fins de la nouvelle mesure. Le calcul de la PNCP sera donc différent de celui du fédéral.

3.8. GAIN EN CAPITAL ADMISSIBLE À L'EXEMPTION POUR GAIN EN CAPITAL

La nouvelle mesure prévoit que les gains en capital imposables ne feront partie des revenus de placements admissibles que s'ils ne sont pas admissibles à l'exemption pour gain en capital. Par contre, si le particulier réalise dans une année donnée un gain en capital admissible à l'exemption mais qu'il veut déduire à l'encontre de ce gain en capital un solde de perte en capital reporté des années antérieures, le particulier pourra-t-il tenir compte du gain en capital imposable dans le calcul des revenus nets de placements aux fins de cette nouvelle mesure?

3.9. FIDUCIE

Aux fins de la nouvelle mesure, une fiducie est considérée comme un particulier. On suppose que la fiducie qui ne s'impose pas sur ses revenus mais qui les attribue à ses bénéficiaires ne pourra leur allouer son excédent des frais de placements sur ses revenus de placements, car une fiducie ne peut attribuer que son revenu net aux fins fiscales.

La fiducie pourra peut-être perdre un solde de frais de placements lorsque celle-ci sera liquidée.

3.10. FORMULAIRE DE REPORT DES FRAIS DE PLACEMENTS

La nouvelle mesure prévoit que le particulier produise dans une année donnée un formulaire prescrit pour lui permettre de reporter un solde de frais de placements à une année précédente. Il serait beaucoup plus facile de cumuler annuellement le solde net des revenus de placements et de déduire dans l'année donnée les frais de placements réalisés par le particulier. Le formulaire pourrait être similaire à celui du calcul de la PNCP.

Le fait de procéder à des ajustements à des années antérieures sera très coûteux pour le gouvernement et viendrait alourdir le système, surtout si entre-temps il y a de nouvelles cotisations qui sont émises pour certaines années à la suite de l'inclusion d'un revenu additionnel de placements ou de la déduction d'un frais de placements.

Finalement, si l'on se crée des revenus additionnels dans une année donnée afin de pouvoir déduire les frais de placements, le gouvernement sera quand même le grand gagnant.

4. MESURE JUGÉE IMPORTANTE POUR NOS CLIENTS ET ON VEUT EN TIRER PARTIE

Maintenant que nous, les fiscalistes et les planificateurs financiers, sommes résignés quant à l'implantation d'une telle mesure, nous allons approcher nos clients comme des chevaliers blancs et allons permettre à certains de ceux-ci de tirer profit de notre expertise en planification fiscale. Au lieu de décrier fortement le bien-fondé d'une telle mesure, nous allons plutôt tirer profit de nos conseils judicieux auprès de notre clientèle.

Voici des exemples de planification auprès de nos clients qui seraient assujettis à cette nouvelle mesure restrictive.

4.1. FRAIS DE DÉTENTION DE PORTEFEUILLE

Si les frais de placements auprès d'un courtier sont engagés durant l'année civile mais qu'ils sont inférieurs aux revenus de placements reçus, on devra alors réviser sérieusement la composition des placements afin d'encaisser suffisamment de revenus de placements d'ici le 31 décembre 2004. Sinon, on devra regarder si le client a eu des revenus nets de placements durant les trois années précédentes. Si cette planification n'est pas possible pour 2004 et qu'un solde subsiste, on devra s'assurer que les revenus de placements de la prochaine année excéderont les frais engagés.

4.2. INVESTISSEMENT DANS UNE SOCIÉTÉ PRIVÉE

Si le particulier possède des actions dans une société opérante, il aura possiblement l'occasion de convertir une portion de son salaire en dividende ou de recevoir un dividende imposable additionnel. Cette façon de procéder lui permettra de déduire ses frais de placements dans l'année où les frais auront effectivement été payés. De plus, dans le cas d'une conversion d'un salaire en dividende, le particulier pourra déduire ses frais de placements dans la même année, ce qui représente une économie d'impôt d'environ 24 %. Il encaissera environ 1,98 % de plus à cause du principe d'intégration des revenus de dividendes pour un particulier qui est un peu plus avantageux lorsque les sociétés sont assujetties au taux d'imposition le plus bas. Si la société génère des revenus actifs et qu'elle est imposée au taux le plus élevé pour un revenu actif, l'actionnaire aurait avantage à se verser un dividende additionnel suffisant pour couvrir ses frais de placements.

La conversion d'un salaire en dividende sera peut-être avantageuse pour un particulier au Québec mais pourra réduire le calcul de la contribution au régime enregistré d'épargne-retraite.

4.3. TRANSFERT À UNE SOCIÉTÉ DE GESTION

S'il est impossible d'encaisser des fonds additionnels pour permettre la déduction des frais de placements, il y aurait peut-être avantage à transférer certains actifs à une société de gestion.

La disposition d'un bien à une société privée peut créer un gain en capital ou un dividende présumé. Ce nouveau revenu pourra servir à couvrir les frais de placements de l'année donnée. Si la dette est transférée en même temps que le bien à la société de gestion, les frais de placements seront réduits pour l'année suivante.

4.4. IDENTIFICATION DES CLIENTS QUI SERONT ASSUJETTIS À CETTE NOUVELLE MESURE

Maintenant que nous avons pu identifier les clients qui sont susceptibles d'être assujettis à cette nouvelle mesure, nous allons nous assurer de réviser la composition de leurs investissements et de leur suggérer une approche appropriée. Nous allons essayer également d'aviser nos autres clients des conséquences de cette nouvelle mesure. Nos honoraires de planification fiscale augmenteront en conséquence.

4.5. FACILITÉ DU CALCUL DE LA MESURE

Un bon côté pratique de cette nouvelle mesure est qu'elle sera facile à calculer, car il n'y a pas d'ambiguïté sur les montants qui en font partie. Ces montants sont facilement quantifiables et ne sont pas assujettis à des expressions comme :

- « basé sur une expectative de revenus »;
- « selon l'intention du contribuable »;
- « directement ou indirectement ».

Nous n'aurons pas à appairer la dépense de placements pour un emprunt bancaire avec les revenus gagnés spécifiquement par l'investissement relié. De plus, nous n'aurons pas à appairer les frais de détention ou de conseils financiers avec certains revenus spécifiques et reliés à ces dépenses.

CONCLUSION

Nous avons pris connaissance des implications fiscales négatives de l'implantation d'une telle mesure. Nous avons apporté des commentaires non élogieux à l'égard de cette mesure.

Nous avons analysé ensemble les ramifications possibles de cette mesure et l'avons trouvée très restrictive dans son application. Nous avons compris le raisonnement du gouvernement et nous acceptons sa décision.

Par contre, nous allons trouver diverses façons afin que nos clients ne soient pas assujettis à cette mesure. Nous allons même en tirer profit aux frais de nos clients.

MODIFICATIONS PROPOSÉES DES RÈGLES DE SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES AFFILIÉES – PARTIE I



Serge Bilodeau
FCA
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Brian Mustard
CA
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	26:3
1. PARTICIPATION ADMISSIBLE	26:3
2. ASSOCIÉ DÉTERMINÉ ET ASSOCIÉ ADMISSIBLE	26:6
3. DEVISES ÉTRANGÈRES	26:13
3.1. GAINS DE CHANGE ET RÈGLES SUR LA MINIMISATION DES PERTES D'UNE SÉA	26:16
4. SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE AFFILIÉE CONTRÔLÉE	26:20
5. MODIFICATIONS PROPOSÉES À LA DIVISION 95(2)A)(II)(D) L.I.R.	26:23
6. MODIFICATION À L'ALINÉA 95(2)A.1) L.I.R.	26:27

7.	NOUVEAUX RAJUSTEMENTS AUX COMPTES DE SURPLUS, PARAGRAPHE 5907(2.8) À (2.83) R.I.R.	26:31
8.	ENTREPRISE DE PLACEMENT.....	26:32
9.	CHOIX GLOBAL DE L'ARTICLE 95 L.I.R.	26:37
	CONCLUSION	26:39

INTRODUCTION

Dans le cadre de ce texte, nous traiterons de certaines modifications proposées visant les sociétés étrangères affiliées (ci-après « SÉA »). Ces modifications sont celles contenues dans les *Propositions législatives et avant-projets de règlement concernant l'impôt sur le revenu* publiées par le ministère des Finances le 27 février 2004 (ci-après « les Propositions »)¹. L'objectif de ce texte n'est pas d'effectuer une revue exhaustive de l'ensemble des modifications contenues dans les Propositions, mais plutôt d'expliquer certaines d'entre elles. Plusieurs de ces Propositions feront de nouveau l'objet de modifications avant leur adoption finale.

D'entrée de jeu, il est important de signaler que les Propositions ont des répercussions sur une panoplie de sujets qui s'inscrivent dans le contexte du régime propre aux SÉA. En effet, un grand nombre de ces modifications représentent un changement radical de certains principes fondamentaux de ce régime, car elles transforment, notamment, les règles qui se rapportent aux opérations dites « internes », la méthode de calcul du montant qu'un contribuable peut choisir en vertu du paragraphe 93(1) L.I.R., les rajustements qu'il convient d'apporter aux comptes de déficit ou de surplus d'une SÉA à la suite du choix effectué en vertu du paragraphe 93(1) L.I.R., ainsi que les règles régissant les réorganisations d'une SÉA.

Voyons tout d'abord le concept de **participation admissible**. Ce concept est notamment important aux fins de l'application des sous-alinéas 95(2)a(i) et 95(2)a(ii) L.I.R. quant à la recaractérisation du **revenu de biens** gagné par une SÉA en **revenu provenant d'une entreprise exploitée activement**.

1. PARTICIPATION ADMISSIBLE

Un contribuable détient une participation admissible dans une SÉA donnée s'il possède au moins 10 % des actions comportant plein droit de vote et si ces actions représentent 10 % de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») de l'ensemble des actions de cette SÉA donnée². Pour

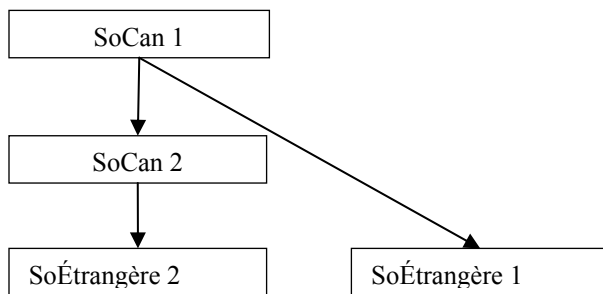
¹ Tous les renvois législatifs contenus dans le présent texte sont ceux de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »)). Le renvoi à une modification législative contenue dans un projet de loi est introduit par le mot « projet ».

² S.-al. 95(2)m(i) et (ii) L.I.R.

déterminer si un contribuable réunit ces deux conditions, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit des règles « de transparence » en vertu desquelles un actionnaire d'une société donnée (ou un membre d'une société de personnes donnée) est réputé posséder des actions qui appartiennent ou qui sont réputées appartenir à cette société donnée (ou à cette société de personnes donnée)³. Ces règles « de transparence » font donc en sorte qu'un contribuable détient une participation admissible dans une SÉA donnée si la participation du contribuable dans cette SÉA est détenue indirectement par le biais d'une ou de plusieurs sociétés ou sociétés de personnes. Toutefois, un contribuable ne sera pas considéré comme ayant une participation admissible dans une société non résidente si celle-ci n'est pas une SÉA du contribuable.

Voyons l'exemple suivant quant à l'application de la définition de participation admissible.

Une société résidente du Canada (ci-après « SoCan 1 ») détient la totalité des actions d'une autre société canadienne (ci-après « SoCan 2 ») ainsi que la totalité des actions d'une société non résidente (ci-après « SoÉtrangère 1 »). De plus, SoCan 2 possède toutes les actions d'une autre société non résidente (ci-après « SoÉtrangère 2 »).



³ S.-al. 95(2)m)(iii) et (vi) L.I.R.

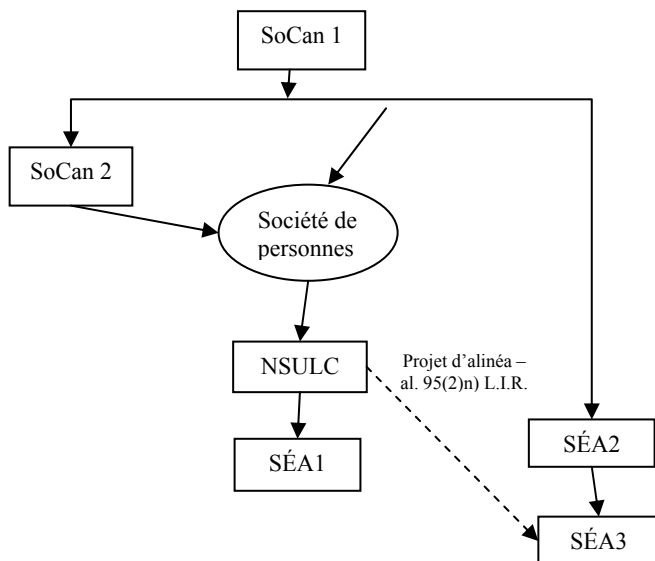
En vertu des règles actuelles, SoCan 1 détient une **participation admissible** dans les deux sociétés non résidentes, soit SoÉtrangère 1 et SoÉtrangère 2. Quant à SoCan 2, elle possède une **participation admissible** uniquement dans SoÉtrangère 2 et non dans SoÉtrangère 1. Or, le nouvel alinéa 95(2)n) L.I.R. proposé fait en sorte qu'une société non résidente sera réputée être, à des fins spécifiques⁴, une SÉA d'une société donnée résidant au Canada et une SÉA de la société donnée, laquelle a une **participation admissible**, si la société non résidente en question est une SÉA d'une autre société résidant au Canada et qui est liée à la société donnée (autrement qu'à cause d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.) et cette autre société a une participation admissible dans la société non résidente. Ainsi, dans l'exemple illustré ci-dessus, compte tenu du fait que SoCan1 détient une **participation admissible** dans SoÉtrangère 1 et qu'elle est liée à SoCan 2, SoÉtrangère 1 est réputée, en vertu du projet de l'alinéa 95(2)n) L.I.R., être une SÉA de SoCan 2 dans laquelle SoCan 2 et une SÉA détiennent une **participation admissible**⁵.

Voyons maintenant un dernier exemple quant à l'application du concept de **participation admissible**.

SoCan 1, une société résidant au Canada, détient toutes les actions d'une autre société résidant au Canada, soit SoCan 2. SoCan 1 et SoCan 2 détiennent chacune une participation dans une société de personnes. La société de personnes détient les actions d'une société canadienne incorporée en vertu de la *Loi des compagnies de la Nouvelle-Écosse* (ci-après « NSULC »). NSULC détient les actions d'une société non résidente du Canada (ci-après « SÉA1 »). SoCan 1 détient les actions d'une société non résidente du Canada (ci-après « SÉA2 »), laquelle détient les actions d'une autre société non résidente du Canada (ci-après « SÉA3 »). Voici cet exemple illustré :

⁴ Aux fins des dispositions suivantes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les alinéas 95(2)a) et g) L.I.R., le paragraphe 95(2.2) L.I.R, le projet du paragraphe 95(2.21) L.I.R., ainsi que le *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »), al. 5907(1)d) « gains exonérés » et c) « perte exonérée ».

⁵ Il est important de comprendre que cette présomption ne s'applique qu'à des fins très spécifiques : voir les sous-alinéas 95(2)m)(iii) et (iv) L.I.R.



Le projet de l'alinéa 95(2)n) L.I.R. a pour effet que SÉA3 est réputée être une SÉA de NSULC dans laquelle NSULC a une **participation admissible** puisque SÉA3 est une SÉA de SoCan 1; SoCan 1 est liée à NSULC; et SoCan 1 a une **participation admissible** dans SÉA3.

2. ASSOCIÉ DÉTERMINÉ ET ASSOCIÉ ADMISSIBLE

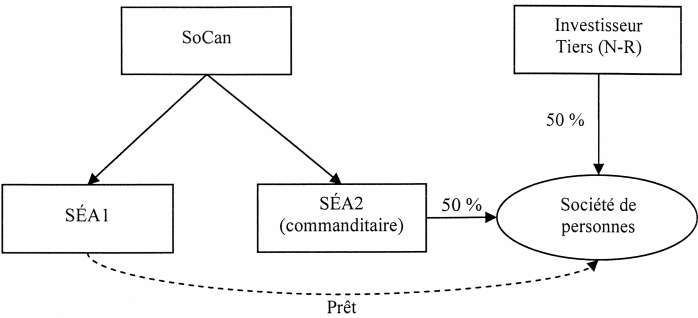
La notion d'associé déterminé est pertinente quant à l'application des divisions 95(2)a)(ii)(A), (B) et (C) L.I.R. et elle a pour effet de limiter les situations auxquelles ces divisions s'appliquent. En règle générale, on entend par un associé déterminé :

- 1) tout associé d'une société de personnes qui est un commanditaire; et
- 2) tout associé qui, de façon régulière, continue et importante,
 - a) ne prend pas une part active dans les activités de l'entreprise de la société de personnes (sauf pour ce qui est du financement de l'entreprise de la société de personnes), et

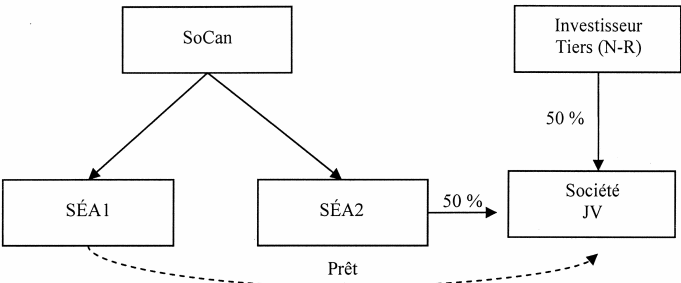
- b) n'exploite pas une entreprise semblable à celle que la société de personnes exploitait (sauf à titre d'associé d'une société de personnes)⁶.

La notion d'associé déterminé favorise l'utilisation d'une société plutôt qu'une société de personnes même si ces véhicules se trouvent, en pratique, dans des situations d'ordre économique identiques. Examinons les deux scénarios suivants :

Scénario 1



Scénario 2



Dans les deux scénarios, SoCan possède la totalité des actions de SÉA1 et de SÉA2. SÉA2 désire combiner ses ressources avec celles d'une société non résidente non liée (ci-après « Investisseurs Tiers (N-R) ») afin de créer

⁶ Par. 248(1) « associé déterminé » L.I.R.

une entreprise commerciale. Dans le premier scénario, la forme d'entreprise choisie est celle d'une société de personnes dont SÉA2 est l'un des commanditaires avec une participation de 50 % dans cette société de personnes (société en commandite). Toutefois, dans le second scénario, la forme d'entreprise choisie est une société (ci-après « Société JV ») dont SÉA2 détient 50 % de l'ensemble des actions. Toujours selon le premier scénario, si SÉA1 fournit le financement à la société en commandite, le revenu d'intérêts découlant du prêt ne sera pas admissible à titre de **revenu provenant d'une entreprise exploitée activement** aux termes de l'alinéa 95(2)a) L.I.R., car SÉA2 est un **associé déterminé** de ladite société en commandite. Toutefois, selon le second scénario, même si SÉA2 peut sembler se trouver dans une situation presque identique à SÉA2 dans le cadre du premier scénario (notamment en ce qui concerne sa responsabilité à l'égard des dettes, le contrôle qu'elle exerce sur les activités et le partage éventuel des profits avant impôts), les intérêts gagnés par SÉA1 pourront être admissibles à la recaractérisation du revenu lorsque toutes les conditions seront réunies.

La notion d'**associé déterminé** s'applique également afin de déterminer si une SÉA exerce une activité à titre d'**entreprise de placement** selon la définition qui est donnée de cette expression au paragraphe 95(1) L.I.R. Deux conditions, si elles sont réunies, empêcheront toutefois qu'une entreprise donnée soit considérée comme une **entreprise de placement**. La première condition vise le type d'activité exercée par la SÉA⁷. La seconde condition porte sur le nombre d'employés engagés dans l'entreprise⁸. La notion d'**associé déterminé** est pertinente quant à l'application de la seconde condition, laquelle ne peut jamais être remplie si la SÉA exerce une activité à titre d'**entreprise de placement** par l'intermédiaire d'une société de personnes dont elle est un **associé déterminé**. Ce traitement favorise donc l'utilisation d'une société plutôt qu'une société en commandite en guise de véhicule afin de mettre en commun les ressources de deux contribuables distincts⁹.

Voici un exemple où une SÉA exerce une activité à titre d'**entreprise de placement** par l'intermédiaire d'une société de personnes (Scénario 1) dont

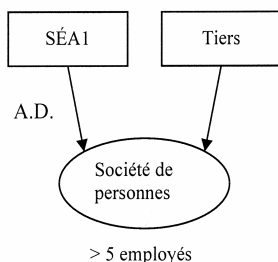
⁷ Par. 95(1) « entreprise de placement », s.-al. a)(i) L.I.R.

⁸ Par. 95(1) « entreprise de placement », al. b) L.I.R.

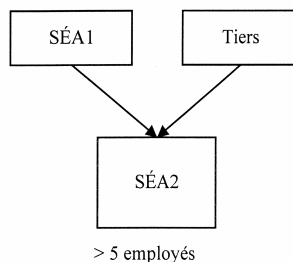
⁹ Voir Angelo NIKOLAKAKIS, *Taxation of Foreign Affiliates*, Scarborough, Ont., Carswell, édition 2004, p. 3:42.

elle est un **associé déterminé** par opposition à l'exercice de cette entreprise par la constitution d'une société par actions (Scénario 2) :

Scénario 1



Scénario 2



Le test de plus de cinq employés de la définition « entreprise de placement » n'est pas rempli dans le Scénario 1 en raison du fait que SÉA1 est un associé déterminé.

Cette anomalie sera éliminée par les modifications proposées à la définition de l'expression « entreprise de placement » exposées plus en détail ci-après.

Les Propositions remplacent la notion d'**associé déterminé**, quant à son application à l'égard de certains aspects du régime des SÉA, par la notion d'**associé admissible**. Ainsi, en vertu des règles existantes, le revenu d'intérêts provenant d'un prêt consenti à une société de personnes dont une SÉA d'un contribuable est associée (SÉA dans laquelle le contribuable détient une **participation admissible**) ne pourra être recharacterisé aux termes de la subdivision 95(2)a)(ii)(B)(II) L.I.R. que dans la mesure où la SÉA n'est pas un **associé déterminé**. Cette condition négative selon laquelle l'associé qui est une SÉA du contribuable ne doit pas être un **associé déterminé** est remplacée, selon les Propositions, par une condition positive selon laquelle la SÉA du contribuable doit être un **associé admissible** de la société de personnes. Les Propositions, par l'ajout du nouvel alinéa 95(2)o) L.I.R., fournissent une définition de ce que constitue un **associé admissible**. En résumé, un associé d'une société de personnes sera considéré comme un **associé admissible** si l'une des deux conditions est remplie. La première condition requiert que l'associé ait une participation soutenue à l'égard des activités de l'entreprise principale de la société de personnes ou d'une activité similaire à l'activité principale de la société de personnes. La

seconde condition, quant à elle, est similaire aux conditions d'application contenues au paragraphe 95(1) « société étrangère affiliée » L.I.R.

Plus précisément, le projet de l'alinéa 95(2)o) L.I.R. stipule qu'une personne donnée sera considérée comme un **associé admissible** d'une **société de personnes** si la personne donnée est un associé de la société de personnes et si cette personne :

- 1) de façon régulière, continue et importante, prend une part active
 - a) soit aux activités de l'entreprise principale de la société de personnes (autres que celles qui sont liées à la fourniture ou à l'acquisition de fonds nécessaires à l'exploitation de cette entreprise principale),
 - b) soit aux activités d'une de ses entreprises (autres que celles qui sont liées à la fourniture ou à l'acquisition de fonds nécessaires à l'exploitation de cette entreprise principale) dans la mesure où cette entreprise est semblable à l'entreprise principale que la société de personnes exploite;
- 2) possède au moins 1 % de la JVM totale des participations dans la société de personnes et possède au moins 10 % de la JVM totale des participations dans la société de personnes lorsque l'on considère les participations détenues par les personnes qui lui sont liées (sauf les fiducies).

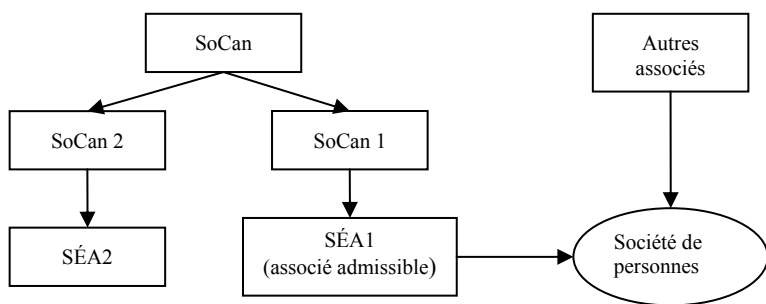
Le concept d'**associé admissible** fait dorénavant en sorte qu'une SÉA d'un contribuable peut maintenant agir à titre de prêteur à l'égard une société de personnes dont une autre SÉA de ce contribuable agit à titre d'associé commandité et le revenu d'intérêts sera recaractérisé à titre de **revenu provenant d'une entreprise exploitée activement** en vertu de l'alinéa 95(2)a) L.I.R. Cela est maintenant rendu possible, et ce, peu importe si la SÉA agissant à titre d'associé commandité participe ou non aux activités de la société en commandite, à condition toutefois que cette SÉA possède un certain pourcentage de participation dans la société en commandite. Avant cette modification législative, il était difficile de recaractériser le revenu tiré d'un tel financement sous l'alinéa 95(2)a) L.I.R. lorsque l'emprunteur était une société de personnes dont une SÉA du contribuable était un commanditaire, donc un **associé déterminé**.

De plus, le projet de l'alinéa 95(2)r) L.I.R. étend l'application de la notion d'**associé admissible** à certaines autres SÉA. Ainsi, il prévoit, aux fins de l'application de l'alinéa 95(2)a) L.I.R., qu'une société de personnes

sera réputée être une société de personnes qui compte parmi ses **associés admissibles** une SÉA (soit SÉA1) d'une société donnée résidant au Canada (soit SoCan 1 ») si les conditions suivantes sont réunies :

- SÉA1 est une SÉA dans laquelle SoCan 1 a une **participation admissible**;
- une SÉA (soit SÉA2) d'une autre société résidant au Canada (soit SoCan 2) et qui est liée à SoCan 1 (autrement qu'en vertu d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) L.I.R.) est un associé de la société de personnes;
- SoCan 2 a une **participation admissible** dans SÉA2;
- SÉA2 est un **associé admissible** de la société de personnes.

Jetons un coup d'œil à l'exemple suivant : une société résidant au Canada (ci-après « SoCan ») possède la totalité des actions de deux autres sociétés résidant au Canada (SoCan 1 et SoCan 2). SoCan 1 possède l'ensemble des actions d'une société non résidente (soit SÉA1). SoCan 2 possède la totalité des actions d'une autre société non résidente (soit SÉA2). SÉA1 est un associé de la société de personnes dans laquelle SÉA1 est considérée comme étant un **associé admissible**. Cet exemple s'illustre comme suit :



Aux termes du projet de l'alinéa 95(2)r) L.I.R., la société de personnes est réputée être une société de personnes dans laquelle SÉA2 est un **associé admissible**.

Quant à la nouvelle notion d'**actionnaire admissible**, elle est semblable à celle d'**associé admissible**. La définition d'**actionnaire admissible** est importante aux fins de la définition d'**entreprise de placement**¹⁰, car la société qui est un **actionnaire admissible** peut fournir à la SÉA les « équivalents en terme d'employés » afin que la SÉA ne soit pas considérée comme exploitant une **entreprise de placement**. En règle générale, une personne donnée sera considérée comme un **actionnaire admissible** d'une société en vertu du projet de l'alinéa 95(2)p) L.I.R. à un moment donné si, tout au long de la période comprise dans l'année d'imposition de la société, qui comprend ce moment au cours duquel la personne donnée était un actionnaire de la société, les conditions suivantes sont réunies :

- la personne donnée est propriétaire d'au moins 1 % des actions émises et en circulation et comportant plein droit de vote en toutes circonstances et est propriétaire d'au moins 10 % des actions émises et en circulation et comportant plein droit de vote en toutes circonstances lorsque l'on considère les actions détenues par les personnes qui lui sont liées (sauf les fiducies);
- la personne donnée possède au moins 1 % de la JVM totale des actions émises et en circulation de la société et possède au moins 10 % de la JVM totale des actions émises et en circulation de la société lorsque l'on considère les actions détenues par les personnes qui lui sont liées (sauf les fiducies).

Quant au projet de l'alinéa 95(2)q) L.I.R., il prévoit des règles « de transparence » pour l'application des projets des alinéas 95(2)o) L.I.R. et 95(2)p) L.I.R. dans les cas où des actions d'une société ou des participations dans une société de personnes appartiennent, ou sont réputées appartenir en vertu du projet d'alinéa 95(2)q) L.I.R., à une société de personnes ou à une fiducie non discrétionnaire au sens du paragraphe 17(15) L.I.R. En règle générale, les actions détenues par la société de personnes ou par la fiducie non discrétionnaire sont réputées appartenir à chaque associé de la société de personnes ou à chaque bénéficiaire de la fiducie, selon le cas, dans une proportion égale à la proportion des droits que représente le rapport entre, d'une part, la JVM des participations de l'associé dans la société de personnes (ou du droit de bénéficiaire du bénéficiaire dans la fiducie) et,

¹⁰ Par. 95(1) « entreprise de placement » L.I.R.

d'autre part, la JVM de l'ensemble des participations dans la société de personnes (ou de l'ensemble des droits de bénéficiaire dans la fiducie)¹¹.

D'autres notions telles que **société désignée**¹² et **société de personnes désignée**¹³ seront discutées plus amplement dans le présent texte sous la section traitant expressément des modifications apportées à la définition de l'expression « entreprise de placement ».

3. DEVICES ÉTRANGÈRES

Les Propositions prévoient, par l'ajout du projet du sous-alinéa 95(2)a)(vi) L.I.R., que certains montants qui autrement seraient considérés comme un revenu ou une perte provenant d'un bien d'une SÉA soient plutôt traités comme un revenu ou une perte provenant d'une entreprise exploitée activement lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies :

- le revenu ou la perte provient d'une SÉA donnée par suite d'une convention qui porte sur l'achat, la vente ou l'échange de monnaie;
- il est raisonnable de considérer la convention comme ayant été conclue par la SÉA donnée en vue de réduire le risque que présente pour elle, pour ce qui est d'un montant donné, les fluctuations de la valeur de la monnaie dans laquelle était libellé ce montant; et
- il était exigé en vertu de l'alinéa 95(2)a) L.I.R. que le montant donné soit inclus dans le calcul du revenu ou de la perte d'une entreprise exploitée activement d'une SÉA donnée.

Ainsi, le projet du sous-alinéa 95(2)a)(vi) L.I.R. semble s'appliquer à une situation où une SÉA a gagné un revenu ou a subi une perte qui résulte d'une convention de change visant à couvrir un revenu d'intérêts qui serait autrement traité comme un **revenu provenant d'une entreprise exploitée**

¹¹ Le ministère des Finances a reconnu que cette disposition pourrait être modifiée pour faire une distinction plus précise entre la première société de personnes indiquée au projet du sous-alinéa 95(2)q)(i) L.I.R., laquelle pourrait être la société de personnes dont les participations sont détenues ou réputées être détenues par une autre société de personnes, de la deuxième société de personnes indiquée dans le même alinéa, laquelle pourrait être la société de personnes qui détient les participations dans la première société de personnes mentionnée.

¹² Al. 95(2)s) L.I.R.

¹³ Al. 95(2)t) L.I.R.

activement à la suite de l'application de l'alinéa 95(2)a) L.I.R. Selon cette nouvelle règle, ce revenu ou cette perte liée à la convention de change sera traité comme un revenu ou une perte provenant d'une **entreprise exploitée activement**. Compte tenu du libellé de ce sous-alinéa, le revenu ou la perte découlant d'une convention de type *swaps* de taux d'intérêt ou d'autres conventions visant à réduire les risques, autres que ceux liés aux fluctuations de la valeur de la monnaie, sera exclu de la recharacterisation à titre de **revenu ou perte provenant d'une entreprise exploitée activement**¹⁴. De plus, le libellé du projet du sous-alinéa 95(2)a)(vi) L.I.R. est clair à savoir que, même si la convention a été conclue par la SÉA afin de réduire son risque quant aux fluctuations de la valeur de la monnaie, elle doit l'être à l'égard d'une somme à inclure en vertu de l'alinéa 95(2)a) L.I.R. dans le calcul de son revenu ou de sa perte provenant d'une entreprise active en plus de l'être à l'égard des fluctuations de la valeur de la monnaie « dans laquelle cette somme à inclure était libellée ».

Le projet de l'alinéa 95(1)c.1) « bien exclu » L.I.R. prévoit que certains biens issus de certaines conventions visant à réduire le risque de change seront traités comme des **biens exclus**. Cet alinéa pourrait s'appliquer aux conventions visant à couvrir le montant du principal d'un prêt libellé en devises étrangères qui produit un revenu d'intérêts recharacterisé de **revenu provenant d'une entreprise exploitée activement**. En effet, dans un grand nombre de cas, le revenu tiré de prêts est recharacterisé comme un **revenu provenant d'une entreprise exploitée activement**, car les prêts sont consentis entre deux SÉA du contribuable et ce contribuable, et les deux SÉA sont liés ou le contribuable détient une **participation admissible** dans les deux SÉA. Le projet de l'alinéa 95(2)g.01) L.I.R. prévoit que le revenu (perte, gain ou perte en capital) d'une SÉA est réputé être nul si ce revenu (perte, gain ou perte en capital) découle d'une convention de change visant à réduire le risque que présentent pour elle les fluctuations de la valeur de la monnaie à l'égard d'un revenu (gain ou perte) qui, en raison de l'alinéa 95(2)g) L.I.R., est réputé nul. Par conséquent, dans la plupart des financements de SÉA, le projet de l'alinéa 95(2)g.01) L.I.R. s'appliquera de façon que tout montant de revenu (perte ou gain ou perte en capital) qui résulte de conventions portant sur les fluctuations de la valeur de la monnaie sera réputé nul. L'application du projet de l'alinéa 95(2)g.01) L.I.R. aura donc pour effet de réduire l'importance, dans certains cas, de l'application du projet de l'alinéa 95(1)c.1) « bien exclu » L.I.R. puisqu'il n'y aura ni gain (ni

¹⁴ Ce point a été soulevé au chapitre IV.A. du Mémoire du comité mixte, qui est présenté sur le site Internet de l'Association canadienne d'études fiscales, (en ligne) : <http://www.acef.ca/>.

perte) qui pourra être admis comme provenant (ou non) de la cession d'un **bien exclu**. En revanche, le projet de l'alinéa 95(1)c.1) « bien exclu » L.I.R. sera pertinent lorsqu'il s'agira d'évaluer si les actions d'une SÉA donnée représentent des **biens exclus**, car il permettra de conclure qu'un bien pourra être considéré comme un **bien exclu** si les conditions énoncées à l'alinéa 95(1)c.1) « bien exclu » L.I.R. sont remplies.

Le projet de l'alinéa 95(2)g.02) L.I.R. prévoit que, dans l'application du paragraphe 39(2) L.I.R. aux fins de la sous-section i) de la section B de la Partie I L.I.R.¹⁵, les gains et les pertes d'une SÉA quant à des **biens exclus** doivent être calculés de manière distincte des gains et des pertes relativement à des biens qui ne sont pas des **biens exclus**.

Aux termes des règles existantes, l'interaction des alinéas 95(2)f) et i) L.I.R. avec le paragraphe 39(2) L.I.R. permet de soulever trois points :

- 1) le traitement aux termes de l'alinéa 95(2)f) L.I.R. des gains et pertes résultant du règlement de dettes;
- 2) le calcul « global » de tous les gains et pertes de change en vertu du paragraphe 39(2) L.I.R.; et
- 3) la limitation de l'alinéa 95(2)i) L.I.R. aux seules situations où le produit tiré d'une émission de titre d'emprunt a servi à l'achat de **biens exclus**¹⁶.

Examinons l'exemple suivant : une SÉA d'un contribuable, laquelle réside aux États-Unis, a contracté deux emprunts qui sont des immobilisations. L'un de ces prêts est libellé en euros (ci-après « emprunt de la France ») et constitue un **bien exclu**. L'autre prêt est libellé en dollars américains (ci-après « emprunt des États-Unis ») et ne constitue pas un **bien exclu**. En supposant qu'il ne serait pas raisonnable d'utiliser une monnaie autre que le dollar américain dans les circonstances, l'alinéa 95(2)f) L.I.R. exige que le gain (ou la perte de change) qui résulte de l'emprunt de la France soit calculé, en vertu des dispositions du paragraphe 39(2) L.I.R., relativement aux fluctuations de l'euro par rapport au dollar américain alors que le gain (ou perte de change) sur l'emprunt des États-Unis doit être calculé par rapport au dollar canadien. Dans la mesure où ces deux calculs

¹⁵ C'est-à-dire, la sous-section traitant des actionnaires de sociétés ne résidant pas au Canada (art. 90 à 95 L.I.R.).

¹⁶ Ces questions sont aussi soulevées dans le Mémoire du comité mixte, *op. cit.*, note 14, par. 12.5 à 12.9.

produisent un gain, une application stricte du paragraphe 39(2) L.I.R. fait en sorte que les deux gains sont additionnés et, malgré le paragraphe 39(1) L.I.R., le gain total sera considéré comme un gain découlant de la disposition de monnaie. D'un point de vue de politique fiscale, cela paraît sensé que le gain de change qui se rapporte à l'emprunt de la France soit traité comme un gain découlant de la cession d'un **bien exclu** alors que le gain de change qui se rapporte à l'emprunt des États-Unis soit traité comme un gain résultant de la cession d'un bien qui n'est pas un **bien exclu**. Or, l'ajout du projet de l'alinéa 95(2)g.02) L.I.R. s'inscrit dans la poursuite de cet objectif.

L'alinéa 95(2)i) L.I.R., dans sa version actuelle, se limite à la dette ayant servi à acquérir un **bien exclu** et ne s'applique donc pas à une dette ayant servi à payer des services ayant été rendus dans le cadre d'une entreprise exploitée activement.

La raison pour laquelle des modifications ont été apportées à l'alinéa 95(2)i) L.I.R. a pour origine le fait que certains craignaient que cet alinéa ne s'applique au produit de l'emprunt ayant servi dans le cadre de l'exploitation active d'une entreprise, et ce, à des fins légitimes autres que celles d'acquérir un **bien exclu**.

La modification apportée à l'alinéa 95(2)i) L.I.R. a donc pour effet de traiter l'endettement comme un **bien exclu** lorsque la totalité ou la quasi-totalité du produit de l'endettement a servi à produire un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement ou à acquérir un **bien exclu**.

3.1. GAINS DE CHANGE ET RÈGLES SUR LA MINIMISATION DES PERTES D'UNE SÉA

Un grand nombre de SÉA sont capitalisées ou autrement financées, au moins en partie, à même le produit d'un emprunt ou de l'émission d'actions à une société qui réside au Canada. Il s'ensuit que ces fonds sont souvent libellés dans la monnaie du pays dans lequel ces SÉA exercent leurs activités, ou au moins dans la devise fonctionnelle de ces dernières. Cette devise sera sans aucun doute autre que le dollar canadien. Il semble que ce soit un objectif louable de la fonction de trésorerie – pour couvrir naturellement le change – de chercher à apparier la devise des éléments d'actif et des produits avec celle des éléments de passif et des capitaux propres que financent ces actifs et produits. Si le montant d'un passif est augmenté par suite de l'appréciation de la devise par rapport à la devise fonctionnelle de la société canadienne (qui, dans de nombreux cas, est le dollar canadien), il en va de même de l'actif et des produits. Cela aura pour effet de protéger la société contre la possibilité que le passif augmente sans

un accroissement correspondant de l'actif. D'un point de vue fiscal, une telle couverture fonctionne de la même façon : si une dette libellée en devise étrangère est réglée à un moment où cette devise est dévaluée, il en résulte alors un gain imposable. Par contre, si l'investissement correspondant a été financé à même le produit de cette dette et qu'il est cédé à ce même moment, une perte imposable découlant de la cession de cet investissement devrait réduire le gain. Si le passif et l'investissement sont créés au même moment et si les montants sont identiques, alors le gain ou la perte imposable devrait être identique.

Les paragraphes 93(2) à (2.3) L.I.R. limitent la capacité des contribuables à déduire des pertes découlant de la cession de biens. En règle générale, ces dispositions réduisent la perte qui autrement pourrait survenir dans la mesure où le contribuable reçoit des dividendes exonérés. Sommairement, un dividende exonéré correspond au montant de dividende pour lequel une déduction a été réclamée en vertu des alinéas 113(1)a), b) ou c) L.I.R.¹⁷ Relativement à des dividendes entre sociétés affiliées, le montant d'un dividende exonéré correspond, généralement, à la partie du dividende non réputée avoir été versée du surplus antérieur à l'acquisition de la société affiliée qui effectue le paiement, lequel est réduit, par ailleurs, du montant de la retenue d'impôt versé à l'égard de cette partie du dividende¹⁸. La nécessité de limiter le montant de la perte dans le contexte du régime des SÉA est soumise à un certain questionnement puisque les dividendes non déductibles aux alinéas 113(1)a), b) ou c) L.I.R. réduisent le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de l'action quant à l'actionnaire de cette SÉA, ce qui n'est pas le cas dans un contexte national¹⁹.

L'exemple suivant illustre la manière dont le paragraphe 93(2) L.I.R. pourrait annuler le résultat désiré dans une situation de couverture naturelle telle qu'elle est décrite ci-dessus. Supposons qu'une société qui réside au Canada (soit SoCan) emprunte 100 euros (ci-après « dette européenne ») qui, à cette période, équivaut à 150 \$CA²⁰. SoCan utilise cette somme pour acquérir des actions d'une SÉA (soit SÉA1). Les actions représentent une immobilisation pour SoCan. SÉA1 utilise cette somme dans une entreprise qu'elle exploite activement. Au cours des prochains exercices, SÉA1 a tiré

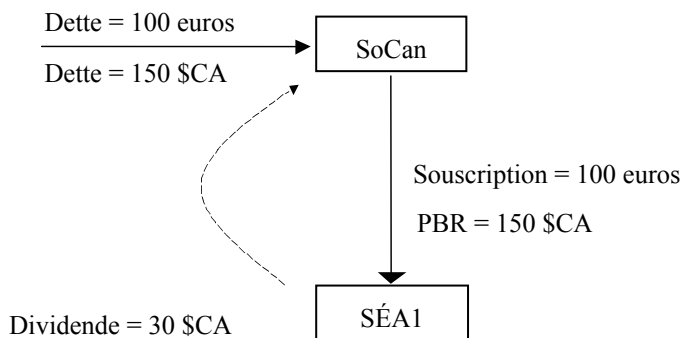
¹⁷ Al. 93(3)a) L.I.R.

¹⁸ Al. 93(3)b) L.I.R.

¹⁹ Pour une explication complète de ce point de vue, voir Mémoire du comité mixte, *op. cit.*, note 14, chap. IV.F.

²⁰ Ce qui implique un taux de change de 1 euro = 1,5 \$CA.

un revenu d'une entreprise qu'elle exploite activement en euros et elle rapatrie ces montants, par exemple 30 \$CA, à titre de dividende provenant du surplus exonéré. Ce dividende est admissible à une déduction conformément à l'alinéa 113(1)a) L.I.R. Cet exemple s'illustre comme suit :



SoCan cède ensuite les actions de SÉA1 à un moment où le dollar canadien s'est raffermi par rapport à l'euro. Au moment de la cession, la valeur en euros des actions de SÉA1 est égale à la valeur au moment où ces actions ont été acquises compte tenu du fait que tous les bénéfices de SÉA1 ont été distribués et qu'il n'y a eu aucune appréciation de l'actif de SÉA1. Cependant, puisque la valeur de l'euro a chuté par rapport au dollar canadien, il y aura une perte de change sur la cession des actions de SÉA1. Supposons que cette perte soit de 30 \$CA²¹. Si la dette européenne est réglée au même moment que cette vente d'actions, SoCan n'aura qu'à rembourser l'équivalent de 120 euros bien qu'elle ait emprunté une somme d'argent qui, au moment de l'emprunt, équivalait à 150 \$CA. SoCan réalise ainsi un gain de 30 \$CA.

Ce gain de 30 \$ correspond à la couverture économique de la perte de 30 \$ à la suite de la cession des actions de SÉA1. Le paragraphe 93(2) L.I.R. réduit cependant la perte sur la cession des actions d'une SÉA par le montant des dividendes exonérés reçus sur ces actions, créant la possibilité que la perte de 30 \$ puisse être réduite par les dividendes exonérés reçus. Dans l'exemple, le montant des dividendes exonérés reçus par SoCan, soit 30 \$, correspond exactement à la perte calculée sans égard au paragraphe

²¹ Ce qui implique un taux de change de 1 euro = 1,2 \$CA.

93(2) L.I.R. et réalisée par SoCan. Les modifications proposées aux paragraphes 93(2) à (2.3) L.I.R. cherchent à corriger cette situation.

Les projets de paragraphes 93(2) à (2.3) L.I.R. ajoutent un nouvel élément « D » à la formule qui détermine le montant de la perte résultant de la cession des actions d'une SÉA²². Cet élément additionnel est généralement le moindre du :

- montant par lequel la perte autrement déterminée est réduite par des dividendes exonérés; et
- du total de tous les montants dont chacun équivaldrait :
 - au montant des gains réalisés par la société résidant au Canada à l'égard du règlement des dettes, du rachat, de l'acquisition ou de l'annulation des actions ou des parts de sociétés de personnes, qu'il est raisonnable de considérer comme ayant été émises dans le cadre de l'acquisition des actions, et
 - au montant de tout gain réalisé par la société à l'égard d'une convention prévoyant l'achat, la vente ou l'échange d'une monnaie qui aurait été conclue dans le but de couvrir le risque de change issu de l'acquisition des actions.

²² Il est à noter que les projets de paragraphes 93(2) à (2.3) L.I.R. couvrent un ensemble de situations autres que celles où une société canadienne dispose à perte des actions de l'une de ses SÉA. Les autres pertes visées sont les suivantes : pertes d'une SÉA sur disposition d'actions d'une autre SÉA (qui ne sont pas des **biens exclus**); pertes en capital déductibles par une société canadienne (SoCan) sur disposition par une société de personnes d'actions de l'une de ses SÉA; pertes en capital déductibles par une SÉA sur disposition par une société de personnes d'actions d'une autre SÉA (qui ne seraient pas des **biens exclus** si SÉA était propriétaire de ces actions); pertes d'une SoCan sur disposition d'une participation dans une société de personnes qui a un droit direct ou indirect sur les actions d'une SÉA; pertes d'une SÉA sur la disposition d'une participation dans une société de personnes qui a un droit direct ou indirect sur des actions d'une SÉA (qui ne seraient pas des **biens exclus** si SÉA était propriétaire de ces actions); pertes en capital déductible par SoCan sur la disposition par une société de personnes d'une participation dans une autre société de personnes qui a un droit direct ou indirect sur des actions d'une SÉA ainsi que les pertes en capital déductibles par une SÉA sur la disposition par une société de personnes d'une participation dans une autre société de personnes qui a un droit direct ou indirect sur des actions d'une SÉA (qui ne seraient pas des **biens exclus** si SÉA était propriétaire de ces actions).

Dans l'exemple ci-dessus, les modifications proposées viseraient à assurer que le paragraphe 93(2) L.I.R. ne s'applique pas afin de refuser la perte que SoCan aurait autrement subie lors de la cession des actions de SÉA1, et ce, dans la mesure où le gain réalisé sur le règlement de la dette et la perte subie sur la cession des actions ont lieu dans la même année d'imposition²³.

Veuillez noter que les modifications proposées ne procureront un allègement que dans la mesure où le produit de l'émission d'un titre d'emprunt connexe a servi à acquérir des actions d'une SÉA. Le paragraphe 93(2) L.I.R. ne s'appliquera pas si le produit de la dette a servi à faire un apport de capital à une SÉA et si aucune action n'a été acquise. Dans notre exemple, il est manifeste que la dette a été contractée « dans le cadre de l'acquisition » des actions de SÉA1. Dans d'autres situations, il semblerait approprié que l'expression « dans le cadre de » reçoive une interprétation plus large.

La formule proposée semble réputer la perte nulle lorsque la perte est plus élevée que le dividende exonéré reçu. Le ministère des Finances a annoncé qu'il était pour apporter les rajustements requis.

4. SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE AFFILIÉE CONTRÔLÉE

Les modifications qu'il est proposé d'apporter à la définition de **société étrangère contrôlée** sont en réaction à la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Silicon Graphics Ltd. c. La Reine*²⁴, selon laquelle un lien commun doit exister entre les actionnaires afin de conclure qu'un groupe d'actionnaires détient le contrôle. Par conséquent, aux fins de déterminer le contrôle, il faudra considérer que le contribuable est également propriétaire des actions de la SÉA qui appartiennent à :

- 1) chaque personne avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance;
- 2) chacune d'au plus quatre personnes résidant au Canada;

²³ Pour d'autres exemples illustrant la manière dont les nouvelles règles s'appliqueront, voir Robert McCULLOUGH et Patrick BERTRAND, « Proposed Amendments to the Stop-Loss Rules in 93(2) », dans *International Tax*, n° 17, Toronto, CCH Canadian, avril 2004, pp. 10 à 12.

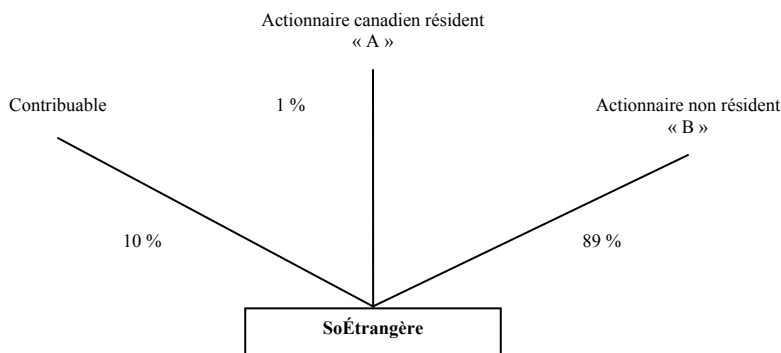
²⁴ [2002] 3 C.T.C. 527 (ci-après « *Silicon Graphics* »).

- 3) chaque personne qui a un lien de dépendance avec l'une des personnes résidant au Canada décrite au point 2)²⁵.

Voyons maintenant des exemples d'application de la nouvelle définition de société étrangère affiliée contrôlée (ci-après « SÉAC »).

L'exemple 1 illustre l'application de cette nouvelle définition en présence d'actionnaires non résidents.

Un contribuable détient 10 % des actions d'une société étrangère (ci-après « SoÉtrangère »). Un résident canadien (ci-après « A ») détient 1 % des actions alors qu'un non-résident (ci-après « B ») détient le reste des actions de la SoÉtrangère. Voici une illustration de cet exemple :

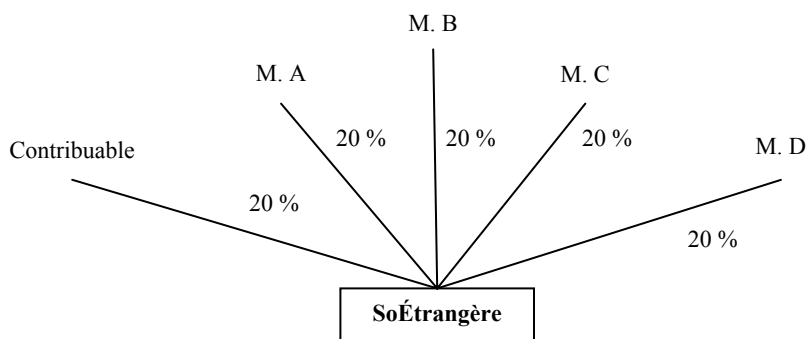


À la suite de l'application de cette nouvelle définition, SoÉtrangère est maintenant une **SÉAC** du contribuable dans la mesure où un lien de dépendance existe entre A et B. La difficulté qui pourra être éprouvée quant à l'application de cette nouvelle définition résidera dans le fait que le contribuable puisse ne pas être en mesure de déterminer si A et B ont un lien de dépendance entre eux.

²⁵ Cet élargissement de **société étrangère contrôlée** s'applique pour les années d'imposition commençant après le 27 février 2004. Quant aux autres changements mentionnés ci-dessus, leur application est rétroactive aux années d'imposition commencées après 1995.

Le second exemple ci-dessus illustre l'application de la nouvelle définition de **SÉAC** lorsqu'il n'existe aucun lien commun entre les actionnaires.

Dans l'exemple 2, le contribuable détient 20 % des actions d'une société étrangère (soit SoÉtrangère). Le reste des actions sont détenues par M. A, M. B, M. C et M. D, chacun détenant 20 %. Tous les actionnaires sont résidents du Canada et aucun lien de dépendance n'existe entre eux. Ils n'agissent aucunement de concert pour contrôler SoÉtrangère. Voici une illustration de l'exemple 2 :



À la suite de la nouvelle définition, SoÉtrangère est maintenant **SÉAC** du contribuable et des autres actionnaires de façon rétroactive afin de préserver la position de l'Agence du revenu du Canada eu égard à l'arrêt *Silicon Graphics*.

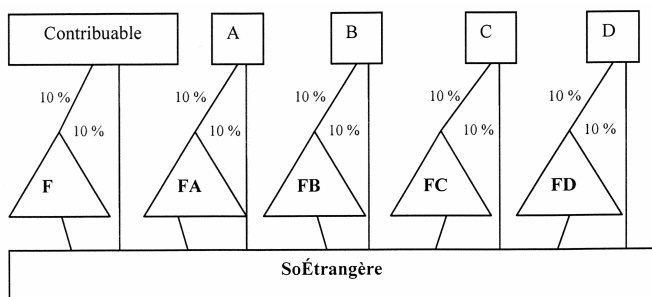
En plus des modifications apportées à la définition de **SÉAC**, les Propositions contiennent les projets d'alinéas 95(2)u) à x) L.I.R., qui sont essentiellement des règles « de transparence » s'appliquant aux actions réputées appartenir aux actionnaires de sociétés, aux associés des sociétés de personnes et aux bénéficiaires de fiducies.

Plus précisément, les projets d'alinéas 95(2)u) à x) L.I.R. établissent des présomptions quant à la propriété des actions détenues par des sociétés de portefeuilles (ci-après « *holdings* »), des sociétés de personnes et des fiducies non discrétionnaires pour les années d'imposition commençant après le 25 février 2004. L'attribution de telles actions, selon le cas, aux actionnaires,

aux associés ou aux bénéficiaires est effectuée sur la base de la JVM de leur participation respective. Quant à l'attribution des actions détenues par une fiducie discrétionnaire, elle se fait en faveur des bénéficiaires et de l'auteur. L'exemple 3 ci-dessous illustre une planification antérieurement utilisée afin d'éviter le statut de **SÉAC**.

Une société étrangère (soit SoÉtrangère) est détenue en parts égales de 10 % chacune par des fiducies (ci-après « F », « FA », « FB », « FC » et « FD »). Les contribuables A, B, C et D détiennent également 10 % de SoÉtrangère. Les contribuables A, B, C et D sont bénéficiaires de F, FA, FB, FC et FD. Voici une illustration de l'exemple 3 :

Exemple 3



Suivant l'application des projets d'alinéas 95(2)u) à x) L.I.R., les actions de SoÉtrangère détenues par F sont réputées être la propriété du contribuable, les actions de FA sont réputées être la propriété de A, etc. SoÉtrangère est donc notamment une **SÉAC** du contribuable.

5. MODIFICATIONS PROPOSÉES À LA DIVISION 95(2)A)(II)(D) L.I.R.

Selon la législation actuelle, la division 95(2)a)(ii)(D) L.I.R. s'applique afin de re-caractériser un revenu qui serait autrement un **revenu de biens** pour la SÉA en **revenu provenant d'une entreprise exploitée activement**. Plus précisément, la division 95(2)a)(ii)(D) L.I.R. pourra s'appliquer lorsqu'une SÉA (c'est-à-dire la SÉA ayant procédé à l'acquisition) emprunte des fonds d'une autre SÉA en vue d'acquies les actions d'une autre société non résidente. Le revenu d'intérêts gagné par la SÉA sur cet emprunt pourra ainsi être recaractérisé de **revenu provenant d'une entreprise exploitée activement**.

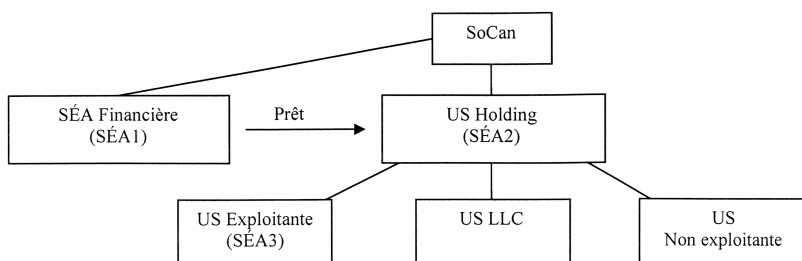
Voyons ci-dessous les conditions d'application de la division 95(2)a)(ii)(D) L.I.R. :

- 1) les intérêts sont payés :
 - a) par une autre SÉA (ci-après « la deuxième société affiliée ») à laquelle la SÉA donnée et le contribuable sont liés tout au long de l'année,
 - b) soit en vertu d'une obligation légale de verser des intérêts sur de l'argent emprunté et utilisé pour tirer un **revenu de biens**, soit sur un montant payable pour des biens acquis en vue de tirer un **revenu de biens**;
- 2) le bien au regard duquel le revenu est tiré est constitué d'actions d'une autre SÉA (ci-après « la troisième société affiliée »);
- 3) les actions de la troisième société affiliée sont des **biens exclus** de la deuxième société affiliée;
- 4) le contribuable a, tout au long de l'année d'imposition de la SÉA, une **participation admissible** dans la troisième société affiliée;
- 5) la deuxième société affiliée et la troisième société affiliée résident dans le même pays et sont assujetties à l'impôt de ce pays;
- 6) les intérêts payés ou payables par la deuxième société affiliée sont pertinents pour le calcul de l'impôt à payer dans ce pays par les membres d'un groupe de sociétés (ci-après « groupe étranger ») composé de la deuxième société affiliée et d'au moins une autre SÉA du contribuable (dont les actions sont des **biens exclus**);
- 7) les membres du groupe résident dans le même pays et sont assujettis à l'impôt de ce pays²⁶;
- 8) le contribuable a, tout au long de l'année, une **participation admissible** dans chacun des membres du groupe.

²⁶ Chacune des conditions énoncées aux points 6 et 7 étant désignée comme le concept « de groupe ».

L'exemple suivant permet d'illustrer l'application de la division 95(2)a)(ii)(D) L.I.R.

Exemple 4



Dans le présent exemple, si SÉA1 consent un prêt à SÉA2 pour acquérir les actions de SÉA3, le revenu que recevra SÉA1 sur le prêt pourra être admissible aux fins de la recaractérisation à titre de **revenu provenant d'une entreprise exploitée activement** en vertu de la division 95(2)a)(ii)(D) L.I.R.

Les modifications proposées au projet de la division 95(2)a)(ii)(D) L.I.R. ont pour effet d'atténuer certaines conditions d'application. Premièrement, le concept de « groupe » a été abandonné, entraînant ainsi l'abandon de la condition selon laquelle les intérêts payés ou payables par la deuxième SÉA entrent dans le calcul des impôts sur le revenu du groupe. Deuxièmement, la condition selon laquelle les actions de la deuxième société affiliée et d'au moins une autre SÉA du contribuable doivent être des **biens exclus** a également été abandonnée.

Troisièmement, le contribuable peut maintenant soit avoir une **participation admissible** dans la troisième SÉA, soit être lié à cette dernière.

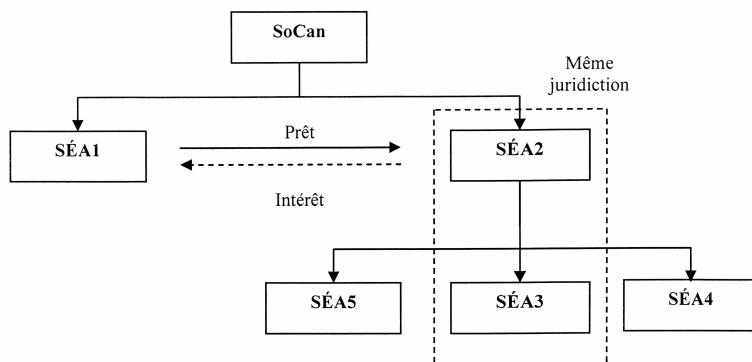
Quatrièmement, les Propositions accommodent les entités transparentes telles que les sociétés à responsabilité limitée car, aux termes des nouvelles règles, le seul fait que l'entité n'est pas assujettie à l'impôt dans son pays de résidence ne fait pas en sorte que certains revenus ne puissent remplir l'une des conditions d'application.

Enfin, les Propositions modifient la période au cours de laquelle les actions de la troisième société affiliée doivent être des **biens exclus**. Le projet de division 95(2)a(ii)(D) L.I.R. vient en effet préciser que les actions de la troisième société affiliée doivent être des **biens exclus** durant toute la période au cours de laquelle les intérêts sont payés ou payables.

Les changements à la division 95(2)a(ii)(D) L.I.R. s'appliquent aux années d'imposition commençant après le 20 décembre 2002, à moins qu'un choix ne soit produit afin que ces changements s'appliquent aux années d'imposition se terminant après 1995. Toutefois, il est à noter que les modifications proposées au projet de la division 95(2)a(ii)(D) L.I.R. ne font plus partie du choix global.

Voyons maintenant un exemple d'application en tenant compte des modifications proposées à la division 95(2)a(ii)(D) L.I.R.

Une société résidant au Canada (soit SoCan) possède toutes les actions d'une société non résidente (soit SÉA1) et d'une autre société non résidente (soit SÉA2). SÉA1 fait un prêt à SÉA2 pour acquérir les actions d'une société non résidente (soit SÉA3). SÉA2 et SÉA3 résident dans le même pays qui ne permet pas de calculer l'impôt à payer des sociétés sur une base de groupe. SÉA2 ne possède pas d'autres actifs et sa seule source de revenu est constituée des revenus de dividendes gagnés sur les actions de SÉA3. Voici cet exemple illustré ci-dessous :



Dans le présent exemple, SÉA1 prête de l'argent à SÉA2 pour acquérir les actions de SÉA3. En vertu des règles actuelles, le revenu que recevra

SÉA1 sur le prêt consenti à SÉA2 peut ne pas être admissible aux fins de la recaractérisation à titre de **revenu provenant d'une entreprise exploitée activement** étant donné que le pays de résidence de SÉA2 et SÉA3 ne permet pas de calculer l'impôt à payer sur une base de groupe. Les modifications proposées à la division 95(2)a(ii)(D) L.I.R. éliminent toutes les conditions concernant un groupe étranger.

6. MODIFICATION À L'ALINÉA 95(2)a.1) L.I.R.

En vertu de l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R., le revenu d'une SÉA d'un contribuable tiré de la vente de biens est réputé être **un revenu provenant d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement** lorsqu'il est raisonnable de considérer que le coût des biens entre dans le calcul du revenu provenant d'une entreprise exploitée par le contribuable (ou par une personne résidant au Canada avec laquelle celui-ci a un lien de dépendance) ou une entreprise exploitée au Canada par une personne non résidente avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance. Toutefois, l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. ne s'applique pas dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

- les biens ont été manufacturés, produits, cultivés, extraits ou transformés au Canada par le contribuable ou par une personne avec laquelle il a un lien de dépendance;
- les biens ont été manufacturés, produits, cultivés, extraits ou transformés dans le pays sous le régime des lois duquel la SÉA a été constituée ou prorogée, existe et est régie et dans lequel son entreprise a été principalement exploitée;
- plus de 90 % du revenu brut de la SÉA est tiré de la vente de biens à des personnes avec lesquelles la SÉA n'a aucun lien de dépendance;
- le contribuable est une institution financière réglementée (ou une filiale en propriété exclusive) et les biens en question constituent de la monnaie.

Selon les Propositions, un nouveau concept est introduit quant à l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. Il s'agit du concept de **biens désignés**. Ce concept est défini au projet du paragraphe 95(3.1) L.I.R. et son introduction vise essentiellement à modifier la première exception indiquée plus haut, soit celle visant les « biens canadiens ». L'expression « biens désignés » comprend essentiellement les biens suivants :

- biens ayant été fabriqués, produits, cultivés, extraits ou transformés, dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise au Canada, par le contribuable ou personne avec lien de dépendance;
- biens ayant été fabriqués ou transformés, dans le cadre d'une entreprise exploitée à l'étranger par une SÉA, à partir de biens corporels qui, au moment de la fabrication ou de la transformation, appartenaient au contribuable ou personne qui lui est liée et qui étaient utilisés ou détenus par leur propriétaire dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise au Canada²⁷;
- biens ayant été acquis dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise au Canada si, à la fois :
 - l'acheteur est le contribuable ou une personne résidant au Canada avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance, et
 - le vendeur est une personne qui n'a aucun lien de dépendance avec le contribuable et qui n'est pas une SÉA du contribuable et pas une SÉA d'une personne résidant au Canada avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance;
- biens qu'un acheteur a acquis d'un vendeur si, à la fois :
 - l'acheteur est le contribuable ou une personne résidant au Canada avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance,
 - le vendeur est une SÉA du contribuable ou personne résidant au Canada avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance, et
 - les biens sont fabriqués, produits, cultivés, extraits ou transformés dans le pays sous le régime des lois duquel le vendeur est régi et, selon le cas, existe, a été constitué ou organisé (sauf s'il a été prorogé dans un territoire quelconque) ou a été prorogé la dernière fois et où l'entreprise du vendeur est principalement exploitée.

En vertu du nouveau libellé du projet de l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R., les biens qui se qualifient de **biens désignés** et qui ont été ultérieurement vendus

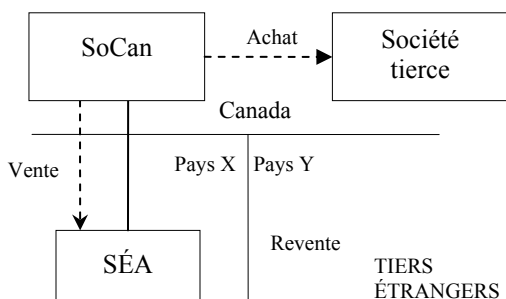
²⁷ Les biens doivent être transformés ou fabriqués selon les spécifications techniques de leur propriétaire, et ce, en vertu d'un contrat avec la SÉA.

soit à des personnes non résidentes, autres que la SÉA ou à la SÉA en vue de leur vente à des personnes non résidentes, ne seront pas visés par l'application de cet alinéa.

Les modifications apportées au projet de l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. ont pour effet de restreindre sa portée qui, dans certaines circonstances, trouvait malheureusement application, et ce, compte tenu de la politique fiscale ayant sous-tendu au départ l'adoption de cet alinéa.

Voici un exemple d'application de l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. compte tenu de la législation actuelle et des modifications proposées :

Exemple 1



Dans cet exemple, SoCan, une société résidant au Canada, achète des biens de Société tierce, une société résidant au Canada et n'ayant aucun lien de dépendance avec SoCan. Les biens sont fabriqués par Société tierce au Canada. Ces biens sont par la suite vendus par SoCan à SÉA et cette dernière les revend à son tour à des acheteurs situés à l'étranger avec lesquelles elle n'a aucun lien de dépendance.

Or, selon la version actuelle de l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R., le revenu de SÉA provenant de la vente des biens, qu'elle a acquis de SoCan, à des acheteurs situés à l'étranger aurait été inclus dans son revenu provenant d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement puisque les biens n'ont pas été fabriqués au Canada par SoCan ou une personne avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance.

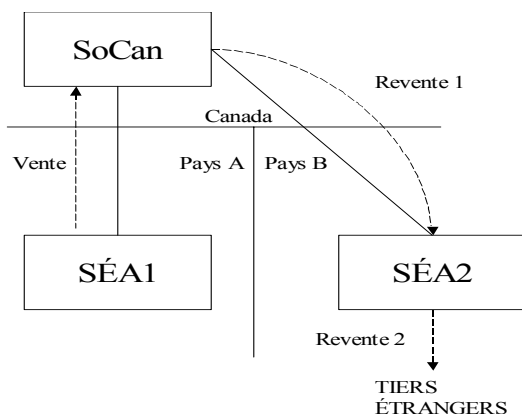
Toutefois, en vertu du projet de l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R., le revenu de SÉA provenant de la vente des biens qu'elle a acquis de SoCan ne serait pas

inclus à titre de revenu provenant d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement, car :

- les biens seraient considérés comme étant des **biens désignés** car les biens ont été acquis dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise au Canada et, à la fois :
 - l'acheteur, soit SoCan, est le contribuable, et
 - le vendeur, soit Société tierce, est une personne qui n'a aucun lien de dépendance avec SoCan, n'est pas une SÉA de SoCan et pas une SÉA d'une personne résidant au Canada avec laquelle SoCan a un lien de dépendance;
- les biens ont été vendus ultérieurement à la SÉA en vue de leur vente à des personnes non résidentes.

Maintenant, voici un second exemple qui peut être illustré comme suit :

Exemple 2



Dans cet exemple, SoCan, une société résidant au Canada, achète des biens de SÉA1, une société qui a été constituée, existe et est régie par les lois du Pays A. SÉA1 exploite une entreprise de fabrication principalement dans Pays A et son revenu provient de la vente à SoCan des biens qu'elle fabrique. SoCan revend les biens ainsi acquis de SÉA1 à SÉA2, une société qui a été constituée, existe et est régie par les lois du Pays B. SÉA2 exploite une entreprise de fabrication principalement dans Pays B et son revenu

provient de la vente de biens acquis de SoCan à des acheteurs situés à l'étranger.

Selon la version en vigueur de l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R., le revenu de SÉA2 provenant de biens acquis de SoCan et vendus à des acheteurs situés à l'étranger est à inclure dans son **revenu provenant d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement** puisque les biens ont été fabriqués dans le Pays A et non au Canada par SoCan ou une personne avec un lien de dépendance dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise au Canada.

Toutefois, selon les modifications proposées à l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. et la nouvelle définition des **biens exclus**, l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. n'est pas applicable à un tel scénario.

7. NOUVEAUX RAJUSTEMENTS AUX COMPTES DE SURPLUS, PARAGRAPHES 5907(2.8) À (2.83) R.I.R.

En règle générale, le projet du paragraphe 5907(2.8) R.I.R. s'applique à une SÉA qui, en raison de l'application du projet de la division 95(2)a)(ii)(D) L.I.R., inclut un montant dans le calcul de son revenu à titre de **revenu provenant d'une entreprise exploitée activement**.

Ce projet établit l'ordre selon lequel les intérêts payés/payables par la deuxième société affiliée sont tout d'abord déduits du surplus exonéré de cette deuxième société affiliée, suivi du surplus exonéré de la troisième société affiliée et, finalement, de tout autre groupe de société affiliée. Plus précisément, l'intérêt payé/payable par la deuxième SÉA est à déduire dans le calcul de son surplus exonéré jusqu'à concurrence du **montant disponible de surplus exonéré** qui lui est applicable. Si l'intérêt payé/payable excède le **montant disponible de surplus exonéré**, cet intérêt est à déduire dans le calcul du surplus exonéré de la troisième SÉA jusqu'à concurrence du **montant disponible de surplus exonéré** qui lui est applicable. Si l'intérêt payé/payable excède le montant disponible de surplus exonéré de la troisième SÉA, cet intérêt est ensuite à déduire dans le calcul du surplus exonéré d'une SÉA connexe, c'est-à-dire une SÉA dans laquelle la deuxième SÉA a un **pourcentage d'intérêt** (dans le cas où il y a plus d'une telle SÉA, celle dont le montant disponible de surplus exonéré est le plus élevé). Dans le cas d'intérêt excédentaire, cet intérêt est à déduire dans le calcul du déficit exonéré de la deuxième SÉA.

Il est à noter qu'aucun rajustement (c'est-à-dire un accroissement) du PBR des actions d'une SÉA dont le surplus a été réduit en raison de

l'application du projet du paragraphe 5907(2.81) R.I.R. n'a été prévu dans les Propositions.

Enfin, dans l'éventualité où un choix est produit afin que les modifications proposées au projet de la division 95(2)a(ii)(D) L.I.R. s'appliquent aux années d'imposition se terminant après 1994, les rajustements aux comptes de surplus pourront occasionner un fardeau administratif énorme.

8. ENTREPRISE DE PLACEMENT

Les Propositions modifient le test de plus de cinq employés en plus d'introduire de nouvelles notions pour déterminer quelles entités peuvent fournir des employés ou des employés équivalents (ces deux termes « employés » et « employés équivalents » étant désignés comme « employés équivalents ») à la SÉA qui cherche à qualifier son entreprise autrement qu'une **entreprise de placement**.

Le projet de l'alinéa 95(1)a « entreprise de placement » L.I.R. assouplit le test de plus de cinq employés qui permet de ne pas considérer l'entreprise comme une **entreprise de placement**. Plus particulièrement, ce test peut maintenant être rempli avec les employés de la SÉA ou les employés d'une société de personnes qui exploite l'entreprise. De plus, on peut maintenant tenir compte des services rendus à l'extérieur du Canada (et remboursés) par les employés de certaines autres entités. Veuillez noter que ce test avait déjà été assoupli dans le cadre du projet de loi du 20 décembre 2002. Il l'est toutefois davantage avec les Propositions du 27 février 2004.

Les Propositions accroissent considérablement le nombre d'entités qui peuvent fournir les « employés équivalents » en introduisant de nouvelles notions dont **associé admissible**, **actionnaire admissible**, **société désignée** et de **société de personnes désignée**.

Toujours selon les Propositions, on ne pourra plus empêcher une SÉA de réunir les conditions prescrites à l'égard du test des cinq employés uniquement parce qu'elle exploite l'entreprise par l'intermédiaire d'une société de personnes à titre d'**associé déterminé** de la société de personnes. Dans la mesure où la SÉA est un **associé admissible** de la société de personnes, les activités qu'elle exerce par l'intermédiaire d'une société de personnes peuvent être exclues de la définition d'**entreprise de placement**.

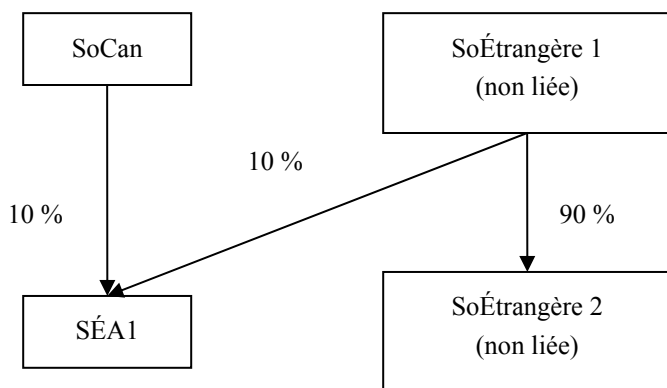
Quant au projet de l'alinéa 95(2)t L.I.R., il prévoit qu'une société donnée est une **société de personnes désignée** si :

- la SÉA ou une personne qui lui est liée est un **associé admissible** de la société de personnes; et
- la JVM de la participation de la SÉA, détenue par une personne qui lui est liée ou par un **associé admissible**, représente plus de 50 % de la JVM de la valeur de la **société de personnes**.

Les exemples suivants permettent d'illustrer les concepts de **société désignée** et de **société de personnes désignée**.

Selon le premier exemple, SoCan, une société résidant au Canada, détient 10 % des actions émises d'une société étrangère (soit SÉA1). Une société non résidente du Canada (soit SoÉtrangère 1), qui n'est pas liée à SoCan ni à SÉA1, détient 10 % des actions de SÉA1 et 90 % d'une autre société non résidente du Canada (soit SoÉtrangère 2). SoÉtrangère 2 est non liée à SoCan. Voici cet exemple illustré :

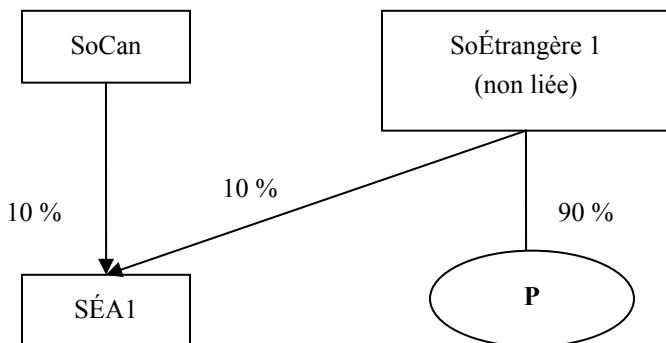
Exemple 1



SoÉtrangère 2 est une **société désignée** quant à SÉA1, car SoÉtrangère 1 est un **actionnaire admissible** de SÉA1 et de SoÉtrangère 2. SoÉtrangère 1 contrôle SoÉtrangère 2 et SoÉtrangère 1 est propriétaire d'au moins 50 % de la JVM de toutes les actions de SoÉtrangère 2.

Le second exemple est presque identique à l'exemple 1. Toutefois, SoÉtrangère 2 est remplacée par une société de personnes (ci-après « P »). Voici cet exemple illustré :

Exemple 2



Dans l'exemple 2, si SoÉtrangère 2 est remplacée par P dont SoÉtrangère 1 détient une participation de 90 %, SoÉtrangère 1 ne sera pas considérée comme liée à SÉA1 et P ne pourra donc se qualifier de **société de personnes désignée** quant à SÉA1.

Quant aux services rendus à une société de personnes, le projet de division 95(1)b(ii)(B) « entreprise de placement » L.I.R. prévoit que, si la société affiliée exploite l'entreprise, à titre d'**associé admissible** d'une société de personnes exploitante, les services peuvent être rendus à cette **société de personnes** par :

- un **associé admissible** de la société de personnes, incluant la société affiliée (depuis 2002);
- une **société désignée** relativement à la société affiliée;
- une **société de personnes désignée** relativement à la société affiliée;
- une société liée à la société affiliée (inchangé).

Le projet de division 95(1)b(ii)(C) « entreprise de placement » L.I.R. prévoit que, dans le cas où la société affiliée exploite l'entreprise autrement qu'à titre d'associé de la société de personnes, l'une ou l'autre des personnes suivantes peut fournir l'équivalent de plus de cinq personnes à la société affiliée :

- une société appelée **actionnaire admissible** de la société affiliée (depuis 2002);
- une **société désignée** relativement à la société affiliée;
- une **société de personnes désignée** relativement à la société affiliée.

La nouvelle notion d'**actionnaire admissible** est analogue à celle d'**associé admissible**. La définition d'**actionnaire admissible** est importante pour la définition d'**entreprise de placement** puisqu'une société qui est un **actionnaire admissible** peut fournir des employés à une SÉA donnée aux fins de dénombrer les « employés équivalents » pour déterminer si la SÉA donnée respecte le critère de l'équivalent de plus de cinq personnes.

Quant au projet de l'alinéa 95(2)p) L.I.R., il prévoit qu'une personne donnée sera considérée comme un **actionnaire admissible** d'une société à un moment donné si, tout au long de la période comprise dans l'année d'imposition de la société qui comprend ce moment au cours duquel la personne donnée était un actionnaire de la société, les conditions suivantes étaient réunies :

- 1) la personne donnée était propriétaire d'au moins 1 % des actions comportant plein droit de vote du capital de la société;
- 2) la personne donnée ou la personne donnée et les personnes, sauf des fiducies, qui sont liées, étaient propriétaires d'au moins 10 % des actions émises comportant plein droit de vote du capital de la société;
- 3) la JVM totale des actions de la société appartenant à la personne donnée représente au moins 1 % de la JVM totale des actions de la société;
- 4) la JVM totale des actions de la société appartenant à la personne donnée ou à des personnes, sauf des fiducies qui lui sont liées, représente au moins 10 % de la JVM totale des actions de la société.

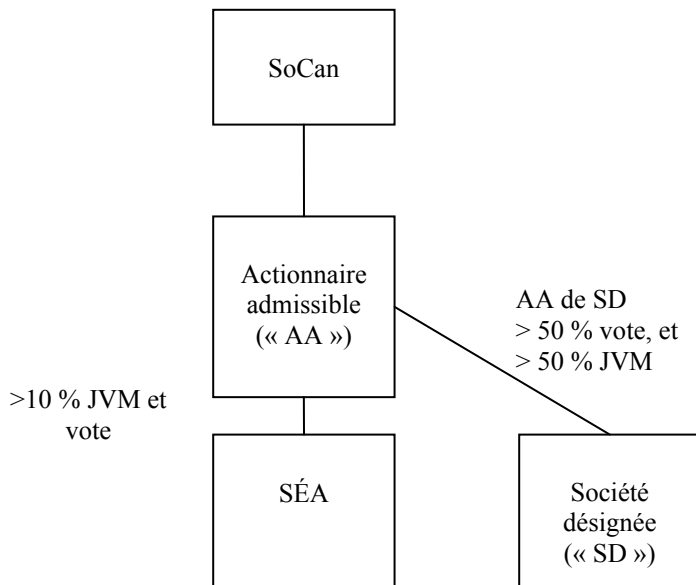
De plus, le projet de l'alinéa 95(2)s) L.I.R. prévoit qu'une **société désignée** quant à une SÉA donnée est une société donnée si :

- 1) un **actionnaire admissible** de la SÉA ou une personne liée à un tel actionnaire est un **actionnaire admissible** de la société donnée;
- 2) la société donnée est soit :
 - a) contrôlée par un **actionnaire admissible** de la SÉA, ou

- b) serait contrôlée par un **actionnaire admissible** de la SÉA si ce dernier était propriétaire de chaque action de la société donnée qui appartient à un **actionnaire admissible** de la SÉA ou une personne liée à un tel actionnaire;
- 3) les actions de la société donnée détenues par un **actionnaire admissible** de la SÉA (ou une personne liée à un tel actionnaire) représentent plus de 50 % de la JVM de l'ensemble des actions émises et en circulation de la société donnée.

Voyons maintenant un exemple où les services sont rendus par une **société désignée**.

SoCan possède des actions d'une société qui répond aux critères de la définition d'**actionnaire admissible** (ci-après « AA »). AA détient plus de 10 % des actions avec droit de vote de SÉA. Ces actions représentent également plus de 10 % de la JVM des actions émises par SÉA. AA détient également plus de 50 % des actions votantes d'une autre société (ci-après « SD »). SD satisfait aux critères de la définition de **société désignée**. Les actions détenues par AA représentent plus de 50 % de la JVM des actions émises par SD. Voici cet exemple illustré :



Compte tenu des changements proposés à la définition d'**entreprise de placement**, AA ou SD pourront dorénavant fournir les employés à SÉA aux fins du test de plus de cinq « employés équivalents ».

9. CHOIX GLOBAL DE L'ARTICLE 95 L.I.R.

Dans le cadre du projet de loi du 20 décembre 2002, si le choix de l'article 95 L.I.R. était effectué, ce choix avait une prise d'effet à compter des années d'imposition commençant après 1994. Ce choix devait se faire à l'égard de toutes les sociétés affiliées du contribuable, pour toutes les années, et ce, à l'égard de la quasi-totalité des modifications proposées par le projet de loi. À cette époque, les modifications proposées étaient disparates et certaines se voulaient même coercitives. Quant au fardeau administratif pour le contribuable, ce fardeau était immense. Enfin, le choix devait être produit avant la date d'échéance de production applicable au contribuable pour l'année d'imposition qui comprend la date de la sanction des modifications proposées.

Par contre, les Propositions ont apporté certaines modifications quant au choix global. Voici quelques exemples de modifications proposées qui ne feront plus l'objet du choix global prévu à l'article 95 L.I.R.:

- la division 95(2)a)(ii)(D) L.I.R. – règles dans le cas d'un *holding*;
- le paragraphe 88(3) L.I.R. – retombées en ce qui concerne le revenu étranger accumulé tiré de biens (ci-après « RÉATB »);
- l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. et le paragraphe 95(3.1) L.I.R. – RÉATB de SÉA achetée/vendue;
- l'alinéa 95(2)n) – **participation admissible**;
- diverses mesures concernant les opérations survenant durant l'année où la SÉA devient une SÉA.

De plus, les Propositions prévoient la possibilité de révoquer le choix durant les trois ans qui suivent la date de production statutaire (avec effet rétroactif). Les périodes de nouvelles cotisations sont aussi rallongées afin de tenir compte de l'exercice du choix.

Les Propositions contiennent également des modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu* ainsi qu'au *Règlement de l'impôt sur le revenu* quant au choix global.

Les modifications proposées à la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont :

- al. 95(1)a), c) et c.1) « bien exclu » L.I.R.;
- al. 95(1)b) « entreprise de placement » L.I.R.;
- sub. 95(2)a)(i)(A)(II) et (B)(II) L.I.R.;
- sub. 95(2)a)(ii)(A)(II) et (B)(II) L.I.R.;
- div. 95(2)a)(ii)(C) et (E) L.I.R.;
- s.-al. 95(2)(a)v) et vi) L.I.R.;
- transition entre les sous-alinéas 95(2)f)(ii) et (iii) L.I.R.;
- al. 95(2)f.1), f.2), g) à g.02), i), o) à t) L.I.R.;
- al. 95(2.1)c) L.I.R.;
- préambule du paragraphe 95(2.2) L.I.R.;
- al. 93(3)d) L.I.R.

Les modifications proposées au *Règlement de l'impôt sur le revenu* sont :

- al. 5907(1)b) « gains » R.I.R.;
- al. 5907(1)b) « déficit exonéré » R.I.R.;
- al. 5907(1)a.1) et s.-al. 5907(1)d)(ii) « gains exonérés » R.I.R.;
- préambule, al. 5907(1)c) « perte exonérée » R.I.R.;
- s.-al. 5907(1)d)(i) « gains nets » R.I.R.;

- s.-al. 5907(1)d)(i) « perte nette » R.I.R.;
- al. 5907(1)b) « déficit imposable » R.I.R.;
- s.-al. 5907(1)b)(i.1), (iv) et (v) « perte imposable » R.I.R.;
- al. 5907(2.7)a) et b) R.I.R.

Enfin, les Propositions permettent des choix séparés avec effet rétroactif. Ces choix visent les modifications suivantes :

- par. 95(2) L.I.R. – minimisation des pertes;
- al. 95(2)n) L.I.R. – facilite l'application de la division 95(2)a)(ii)(D) L.I.R. lorsque la SÉA prêteuse ainsi que les 2^e et 3^e SÉA sont détenues par plus d'un groupe de sociétés canadiennes;
- modification dans la division 95(2)a)(ii)(D) L.I.R.;
- réduit la portée de l'alinéa 95(2)a.1) L.I.R. lorsque en présence de vente de biens;
- changement dans la portée de l'alinéa 95(2)b) L.I.R. lorsque en présence de services en vertu l'alinéa 95(3)d) L.I.R.;
- modifications proposées à l'alinéa 95(2.1)c), au paragraphe 95(2.2), à l'alinéa 95(2)f) et au paragraphe 95(2.21) L.I.R.;
- al. 95(2)c.1) à c.6) L.I.R. – gains suspendus lors de transferts d'actions;
- modifications proposées aux paragraphes 93(1) et (1.1) L.I.R. ainsi qu'à l'article 5902 R.I.R.

CONCLUSION

Les modifications proposées touchent plusieurs sujets, et ce texte discute seulement de quelques-unes d'entre elles d'une manière générale. On s'attend à un nouveau projet de loi dans lequel ces modifications proposées pourront être remaniées.

**MODIFICATIONS PROPOSÉES DES RÈGLES DE SOCIÉTÉS
ÉTRANGÈRES AFFILIÉES – PARTIE II**



Angelo Nikolakakis
Avocat, B.C.L.
Cousin Taylor s.r.l.

TEXTE NON DISPONIBLE

LA PLANIFICATION SUCCESSORALE ET SES CONSÉQUENCES CONNEXES



Stéphane Leblanc

CA

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

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	28:3
1. LE CONCEPT DE SOCIÉTÉS ASSOCIÉES	28:3
1.1. EXEMPLE D'ASSOCIATION SUIVANT UN GEL SUCCESSORAL	28:4
2. LES ACTIONS PRESCRITES RELATIVEMENT À L'EXEMPTION POUR GAIN EN CAPITAL	28:5
2.1. CAS PRATIQUE : ACTIONS PRIVILÉGIÉES DE GEL CONSIDÉRÉES COMME « ACTIONS PRESCRITES »	28:6
3. LA MOBILITÉ INTERNATIONALE DES ACTEURS VISÉS	28:8

3.1.	EXEMPLE DE CONSÉQUENCES FISCALES DÉFAVORABLES À L'ÉTRANGER : LES RÈGLES AMÉRICAINES DE CONTROLLED FOREIGN CORPORATIONS, FOREIGN PERSONAL HOLDING COMPANIES, PASSIVE FOREIGN INVESTMENT COMPANIES.....	28:8
3.2.	EXEMPLE DE CONSÉQUENCES FISCALES DÉFAVORABLES AU CANADA : LA PARTIE XII.2 L.I.R.	28:9
4.	LA LOI CONCERNANT LES DROITS SUR LES MUTATIONS IMMOBILIÈRES	28:11
4.1.	EXEMPLE : ACHAT D'UN IMMEUBLE PAR UNE FIDUCIE FAMILIALE	28:12
4.2.	EXEMPLE : TRANSFERT D'IMMEUBLE D'UNE FIDUCIE À UNE AUTRE	28:12
5.	L'INCIDENCE DES CONVENTIONS ENTRE ACTIONNAIRES	28:13
5.1.	LES CLAUSES DE RACHAT FORCÉ ET LEUR INCIDENCE SUR LE ROULEMENT AU CONJOINT.....	28:13
5.2.	L'INCIDENCE DES CLAUSES DE DÉTERMINATION DU PRIX DU TRANSFERT	28:14
5.3.	LES CLAUSES RELATIVES AU RACHAT À MÊME LE COMPTE DE DIVIDENDE EN CAPITAL	28:16
	CONCLUSION	28:17
	ANNEXE	28:18

INTRODUCTION*

L'élaboration d'une planification successorale exige du praticien qu'il prenne en compte de nombreux éléments, de nature fiscale, juridique, contractuelle ou familiale, qui, sans être directement reliés à la planification comme telle, peuvent avoir une incidence non négligeable sur sa réussite. En annexe du présent texte, nous proposons une liste de contrôle non exhaustive de certains de ces éléments à considérer lors de l'élaboration et de la mise en place d'une planification successorale pour s'éviter de mauvaises surprises.

Le présent texte n'abordera pas chacun des éléments qui y sont énumérés, nous traiterons seulement de certains éléments choisis, en illustrant leur incidence par quelques exemples pratiques.

1. LE CONCEPT DE SOCIÉTÉS ASSOCIÉES

L'un des éléments à examiner dans l'élaboration d'une planification successorale est l'incidence que pourraient potentiellement avoir les règles fiscales d'association corporative sur les affaires des différentes personnes concernées, qu'il s'agisse de l'auteur même du gel ou des bénéficiaires ou des fiduciaires d'une fiducie créée dans le cadre de la planification.

Les règles pour déterminer si deux sociétés sont associées se trouvent à l'article 256 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹. Ces règles sont notamment pertinentes pour déterminer si deux ou plusieurs sociétés doivent se partager le plafond des affaires de 300 000 \$ aux fins de la déduction aux petites entreprises², l'abattement relatif à l'impôt de la Partie I.3 L.I.R. des grandes sociétés³, ainsi que certaines dépenses en matière de recherche scientifique et développement expérimental⁴.

De manière générale, deux sociétés dont l'une est contrôlée par l'autre ou deux sociétés contrôlées par le même actionnaire ou par le même groupe

* L'auteur tient à remercier sa collègue Julie Monette pour sa précieuse collaboration dans la rédaction de ce texte.

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

² Par. 125(2) et (3) L.I.R. Le plafond de 300 000 \$ sera en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2005; le plafond pour l'année 2004 est de 250 000 \$.

³ Art. 181.5 L.I.R.

⁴ Par. 127(10.2) à (10.6) L.I.R.

d'actionnaires seront associées. De plus, lorsqu'un actionnaire contrôle une société et détient au moins 25 % des actions émises d'une catégorie non exclue du capital-actions d'une autre société, ces deux sociétés seront associées entre elles si l'actionnaire est lié avec les personnes qui contrôlent la seconde société.

L'étude détaillée des règles d'association ne fait pas l'objet du présent texte. Cependant, nous souhaitons donner un exemple où des sociétés pourraient devenir associées l'une à l'autre par l'effet de la mise en place d'un simple gel, sans que ce résultat soit souhaité.

1.1. EXEMPLE D'ASSOCIATION SUIVANT UN GEL SUCCESSORAL

Prenons l'hypothèse où un père procède à un gel successoral en faveur de ses trois enfants, de façon que chacun des enfants obtienne le tiers des actions ordinaires de la société du père. Supposons de plus que les enfants sont chacun actionnaires de leur propre société, qu'ils contrôlent (voir illustration 1).

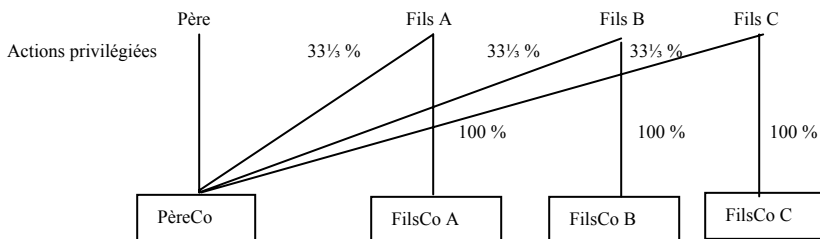


Illustration 1

Par l'effet du gel, la société du père deviendra associée aux sociétés de ses fils, étant donné que les fils détiendront plus de 25 % d'une catégorie d'actions de la société du père. Qui plus est, le paragraphe 256(2) L.I.R. prévoit que, lorsque deux sociétés sont associées à une même société tierce, elles seront également associées entre elles. Ainsi, les sociétés des trois fils sont associées entre elles à la suite du gel successoral effectué par le père, puisque chacune d'entre elles est associée à la société du père.

Or, le paragraphe 256(2) L.I.R. permet une exception : la société tierce (la société du père dans le cas présent) peut procéder à un choix annuellement pour faire en sorte de ne plus être associée aux fins de l'article 125 L.I.R., ce qui inclut le partage du plafond des affaires pour la déduction

aux petites entreprises. La conséquence pour la tierce société d'effectuer un tel choix est de voir son plafond des affaires réduit à néant. De leurs côtés, les sociétés contrôlées par les trois fils, qui étaient associées entre elles uniquement par l'entremise de la société du père, se retrouvent par le fait même non associées. Si elles gagnent du revenu actif, elles auront donc la possibilité de réclamer la déduction aux petites entreprises sans devoir partager le plafond des affaires de 300 000 \$. Il est très important de noter que le choix permis au paragraphe 256(2) L.I.R. permet de « dissocier » des sociétés uniquement aux fins de l'article 125 L.I.R., et non aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Par exemple, les sociétés des trois fils et la société du père devraient, malgré le choix en vertu du paragraphe 256(2) L.I.R., continuer à se partager l'abattement de capital prévu à la Partie I.3 L.I.R.

Évidemment, nous pourrions discuter de nombreux autres exemples. Nous aurions pu notamment discuter du fait que des clauses d'une convention entre actionnaires peuvent, dans certains cas, déclencher l'application des règles d'association corporative. L'important est de ne pas négliger l'examen de ces règles dans le cadre d'une planification successorale.

2. LES ACTIONS PRESCRITES RELATIVEMENT À L'EXEMPTION POUR GAIN EN CAPITAL

Dans un contexte de gel successoral, on voudra dans certains cas s'assurer que les actions ordinaires et privilégiées émises par la société se qualifieront d'actions prescrites en vertu de l'article 6205 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁵, et ce, afin que la déduction pour gains en capital qui pourra éventuellement être prise sur ces actions ne soit pas refusée en vertu du paragraphe 110.6(8) L.I.R.

L'une des conditions pour que des actions privilégiées de gel se qualifient d'actions prescrites en vertu du paragraphe 6205(2) R.I.R. est que les autres actions émises au moment du gel, à savoir les actions ordinaires, soient détenues soit :

- 1) par l'auteur du gel;
- 2) par une personne avec qui l'auteur du gel a un lien de dépendance;

⁵ C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

- 3) par une fiducie dont tous les bénéficiaires ont un lien de dépendance avec l'auteur du gel; ou
- 4) par une combinaison de ces personnes.

2.1. CAS PRATIQUE : ACTIONS PRIVILÉGIÉES DE GEL CONSIDÉRÉES COMME « ACTIONS PRESCRITES »

Prenons l'exemple suivant : une société exploitante est détenue directement par trois frères. Ceux-ci décident de geler leurs participations dans la société en faveur de fiducies (voir illustration 2 pour la situation avant le gel).

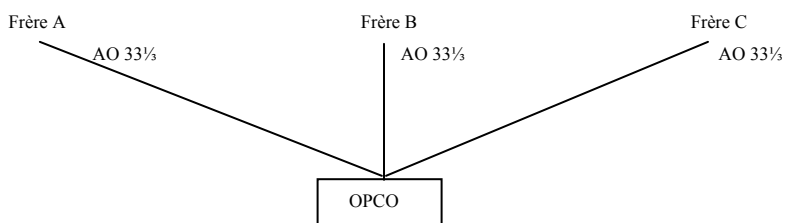


Illustration 2

Dans le cadre du gel, des actions privilégiées sont émises aux trois frères. Ensuite, trois fiducies familiales, dont les conjointes et enfants respectifs des trois frères sont bénéficiaires, souscrivent à des actions ordinaires (voir illustration 3).

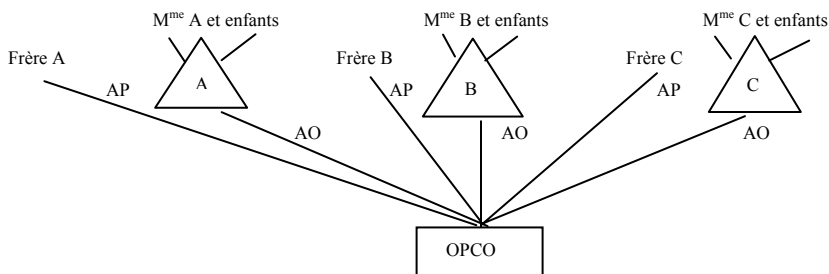


Illustration 3

L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a récemment eu à déterminer s'il est possible d'affirmer dans un tel cas que les actions ordinaires émises en faveur des trois fiducies sont détenues par des personnes avec qui les auteurs du gel ont tous un lien de dépendance, aux fins d'établir si les actions privilégiées des trois frères se qualifient d'actions prescrites⁶.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'une des conditions à remplir pour que des actions privilégiées de gel se qualifient d'actions prescrites est que les actions ordinaires soient détenues par des personnes avec qui le ou les auteurs du gel ont un lien de dépendance. Lorsque les actions ordinaires sont détenues par une fiducie, le règlement prévoit que les auteurs du gel doivent avoir un lien de dépendance avec chacun des bénéficiaires de la fiducie. Or, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, oncles et neveux ne sont pas des personnes réputées avoir un lien de dépendance entre elles. On pourrait donc croire que les actions privilégiées des trois frères ne satisfont pas à la condition nécessaire pour se qualifier d'actions prescrites, puisque les frères n'ont pas de lien de dépendance avec les enfants de leurs frères, qui sont des bénéficiaires des fiducies. Mais l'ARC considère que les actions ordinaires détenues par les fiducies sont détenues néanmoins par des personnes avec qui les auteurs du gel (les trois frères) ont un lien de dépendance; en effet, puisque, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les fiducies sont assimilées à des personnes, il suffit que les frères aient tous un lien de dépendance avec chacune des fiducies pour que les actions ordinaires soient considérées comme étant détenues par des personnes ayant un lien de dépendance avec les auteurs du gel. Or, par l'effet de l'article 251 L.I.R., il suffit d'avoir un lien de dépendance avec un seul bénéficiaire d'une fiducie pour être réputé avoir un lien de dépendance avec la fiducie. Étant donné que les conjointes des trois frères sont toutes bénéficiaires des fiducies et sont toutes réputées avoir un lien de dépendance avec leurs beaux-frères, l'article 251 L.I.R. vient établir que les trois frères ont tous un lien de dépendance avec les fiducies familiales de leurs frères. Donc, le critère prévu au paragraphe 6205(2) R.I.R. est rempli, et les actions privilégiées des frères peuvent se qualifier d'actions prescrites.

Cette interprétation peut surprendre, en ce qu'elle enlève son sens à la condition énoncée au règlement selon laquelle l'auteur du gel devrait avoir un lien de dépendance avec **tous** les bénéficiaires de la fiducie, et non un seul. L'ARC a mentionné que cette interprétation était difficilement

⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0031231E5, 27 mai 2004.

conciliable avec la politique fiscale et qu'elle ferait part de la situation au ministère des Finances; il faudra donc voir si des changements seront apportés à l'article 6205 R.I.R. pour empêcher une pareille situation.

3. LA MOBILITÉ INTERNATIONALE DES ACTEURS VISÉS

Il arrive fréquemment qu'une planification fiscale soit mise en place alors que tous les acteurs sont des résidents canadiens, et sans que la possibilité que l'un de ces acteurs émigre à l'étranger soit véritablement examinée.

Or, l'impact fiscal peut être désastreux, surtout compte tenu du fait que le problème n'est parfois découvert que bien des années plus tard, au moment par exemple de liquider une société ou une fiducie familiale canadienne dans laquelle un non-résident a une participation, ce qui peut dans certains cas entraîner des intérêts et pénalités considérables.

Voici deux exemples de conséquences fiscales auxquelles on peut être exposé.

3.1. EXEMPLE DE CONSÉQUENCES FISCALES DÉFAVORABLES À L'ÉTRANGER : LES RÈGLES AMÉRICAINES DE CONTROLLED FOREIGN CORPORATIONS, FOREIGN PERSONAL HOLDING COMPANIES, PASSIVE FOREIGN INVESTMENT COMPANIES

Tout d'abord, il pourrait s'agir de conséquences fiscales défavorables dans le pays étranger. Prenons l'exemple d'une fiducie résidente du Canada qui détient les actions d'une société de portefeuille canadienne. Advenant le cas où l'un des bénéficiaires de la fiducie canadienne devient résident des États-Unis, ce bénéficiaire pourrait se voir assujetti aux règles américaines visant les sociétés étrangères qui gagnent du revenu passif, que ce soit les règles de controlled foreign corporations, foreign personal holding companies ou passive foreign investment companies. Ces règles ont un caractère très dissuasif en ce qu'elles peuvent, par exemple, prévoir l'inclusion annuelle d'un revenu passif dans le revenu du contribuable américain, même si aucun dividende ne lui est attribué dans l'année par la société ou par l'intermédiaire de la fiducie canadienne, ou encore recaractériser un gain en capital sur la disposition des actions de la société en revenu ordinaire, imposé à un taux plus élevé.

3.2. EXEMPLE DE CONSÉQUENCES FISCALES DÉFAVORABLES AU CANADA : LA PARTIE XII.2 L.I.R.

L'émigration d'un bénéficiaire d'une fiducie canadienne pourrait également avoir des conséquences fiscales défavorables au Canada. L'exemple que nous allons vous donner concerne la Partie XII.2 L.I.R., qui demeure assez méconnue. La Partie XII.2 L.I.R. s'applique notamment aux fiducies entre vifs (et non aux fiducies testamentaires) ayant un bénéficiaire non résident. De façon sommaire, lorsqu'une telle fiducie gagne certains types de revenus que l'on appelle « revenu de distribution », comme, par exemple, lorsqu'elle réalise un gain en capital sur la disposition d'un bien canadien imposable, ou lorsqu'elle gagne du revenu provenant d'une entreprise ou d'un immeuble situé au Canada, la fiducie doit payer un impôt spécial de 36 % sur le moindre du :

- a) revenu de distribution de la fiducie pour l'année;
- b) revenu total de la fiducie pour l'année, avant toute déduction pour des montants attribués à ses bénéficiaires; ou
- c) du montant devenu payé ou payable à ses bénéficiaires⁷.

Or, si une portion du revenu est attribuée à des bénéficiaires canadiens, ceux-ci ont droit à un crédit d'impôt remboursable pour la partie de l'impôt de la Partie XII.2 L.I.R. que la fiducie a payée et qui leur est attribuable, c'est-à-dire proportionnellement au montant de revenu qu'ils auront reçu sur le montant total de revenu attribué à des bénéficiaires. En principe, la Partie XII.2 L.I.R. ne devrait donc pas avoir d'incidence lorsque aucun revenu n'est attribué à un bénéficiaire non résident, puisque les bénéficiaires canadiens récupéreront en crédit d'impôt la totalité de l'impôt de la Partie XII.2 L.I.R. payé par la fiducie. Cependant, il arrive que l'application de la Partie XII.2 L.I.R. donne lieu à certaines iniquités, comme nous allons le voir dans les exemples suivants.

Prenons une fiducie canadienne ayant trois bénéficiaires canadiens, qui a été établie il y a quelques années à la suite d'un gel successoral. L'un des bénéficiaires devient non-résident du Canada. Au cours de l'année, la fiducie réalise un gain en capital imposable de 500 000 \$ sur la disposition d'actions admissibles de petite entreprise. Or, ce gain en capital imposable constitue du revenu de distribution aux fins de la Partie XII.2 L.I.R. Comme l'un des

⁷ Voir paragraphe 210.2(1) L.I.R.

bénéficiaires est non-résident du Canada, les fiduciaires voudront vraisemblablement attribuer le gain en capital imposable entre les deux bénéficiaires canadiens, afin que ceux-ci puissent profiter de leur exemption pour gain en capital.

Dans un tel cas, la Partie XII.2 L.I.R. s'appliquera, de sorte que la fiducie devra payer 36 % du gain en capital imposable, à savoir 180 000 \$ d'impôt, et ce, même si aucun revenu n'est attribué au bénéficiaire non résident. Les bénéficiaires canadiens auront cependant droit à un crédit d'impôt remboursable de 90 000 \$ chacun (selon l'hypothèse qu'ils reçoivent chacun 50 % du revenu de la fiducie et, donc, qu'ils ont droit chacun à un crédit équivalant à 50 % de l'impôt de la Partie XII.2 L.I.R. payé par la fiducie). Ainsi, l'inconvénient créé par la Partie XII.2 L.I.R. dans ce cas-ci est que la fiducie devra payer une somme importante d'impôt dans un délai de 90 jours suivant la fin de son année fiscale, et les bénéficiaires canadiens devront attendre de recevoir le remboursement de ce même montant d'impôt.

Cependant, le mécanisme de crédit d'impôt remboursable de la Partie XII.2 L.I.R. est bâti de sorte que les choses pourraient se compliquer advenant l'hypothèse où la fiducie aurait non seulement le gain en capital imposable de 500 000 \$, mais également d'autres revenus dans l'année, comme, par exemple, du revenu d'intérêt de 100 000 \$, et que les fiduciaires décideraient d'attribuer ce revenu d'intérêt au bénéficiaire non résident. Même si ce revenu d'intérêt ne constitue pas du revenu de distribution aux fins de la Partie XII.2 L.I.R., le fait que le bénéficiaire non résident reçoive une partie du revenu de la fiducie dans l'année fait en sorte qu'une partie de l'impôt de la Partie XII.2 L.I.R. de 180 000 \$ équivalant à un sixième de cet impôt ou 30 000 \$ (puisque'il a reçu un sixième du revenu total attribué par la fiducie, à savoir 100 000 \$ sur un total de 600 000 \$) lui sera attribuée. Ainsi, les bénéficiaires canadiens ne recevront qu'un remboursement d'impôt de 150 000 \$ (soit 75 000 \$ chacun plutôt que 90 000 \$). Quant à l'impôt de la Partie XIII L.I.R. de 25 % applicable au revenu d'intérêt payé au non-résident, il ne s'appliquera qu'au montant d'intérêt net de l'impôt de la Partie XII.2 L.I.R. de 30 000 \$, à savoir sur 70 000 \$, pour un total de 17 500 \$; ainsi, le taux effectif d'impôt sur le revenu d'intérêt attribué au non-résident ne sera non pas 25 %, mais 47,5 % ($30\,000 \$ + (70\,000 \$ \times 25 \%) = 47\,500 \$$).

En d'autres mots, la Partie XII.2 L.I.R. ne tient pas compte de la possibilité pour les fiduciaires d'attribuer les revenus de la fiducie par

source. L'ARC révèle être au courant de cette anomalie⁸, mais aucun changement législatif n'a été proposé pour corriger la situation.

Pour conclure sur la question de la mobilité internationale, mentionnons simplement qu'il faut prévoir cette possibilité qu'une des personnes concernées dans la planification successorale puisse devenir non-résident, savoir mesurer le coût fiscal y associé et trouver les solutions possibles advenant que ce coût soit démesuré. On pourrait prévoir, par exemple, que le bénéficiaire d'une fiducie qui deviendrait non-résident perdrait son statut de bénéficiaire, ou encore qu'une distribution puisse lui être faite en considération de la disposition complète de sa participation.

4. LA LOI CONCERNANT LES DROITS SUR LES MUTATIONS IMMOBILIÈRES⁹

Lorsque, dans le cadre d'une planification successorale ou *post mortem*, il y a un transfert d'immeuble entre membres d'une même famille, que ce soit directement ou par l'intermédiaire d'une fiducie, ce transfert sera généralement exonéré des droits de mutation prévus dans la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*.

En effet, l'article 20 L.D.M.I. prévoit plusieurs exceptions au paiement des droits de mutation, parmi lesquelles on retrouve notamment les trois situations suivantes et qui sont plus particulièrement applicables en matière de planification successorale :

- 1) La première exception concerne le transfert d'un immeuble par une personne physique, le cédant, directement soit en faveur d'une personne en ligne directe, ascendante ou descendante, en faveur d'un conjoint, en faveur d'une personne qui est le conjoint d'un des enfants ou d'un des parents du cédant ou, enfin, en faveur d'une personne qui est l'enfant ou le parent du conjoint du cédant¹⁰. Toutefois, cette exception ne s'applique pas à un transfert fait à un descendant lorsque le cédant a acquis l'immeuble, soit d'un descendant en ligne directe, soit d'une fiducie qui a acquis l'immeuble d'un tel descendant et que le cédant n'a pas conservé la propriété de l'immeuble pendant au moins deux ans après cette

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9628405, 24 mars 1997.

⁹ L.R.Q., c. D-15.1 (ci-après « L.D.M.I. »).

¹⁰ Par. 20(d) L.D.M.I.

acquisition, sauf si le transfert résulte du décès du cédant ou si l'immeuble est cédé à la personne ou à la fiducie de qui il a été acquis.

- 2) La deuxième exception est similaire à la première, mais elle s'applique lorsque le cédant transfère un immeuble à une fiducie dont le bénéficiaire serait, par rapport au cédant, une personne mentionnée dans la première exception.
- 3) Enfin, la troisième exception est celle applicable au transfert d'un immeuble par une fiducie à son bénéficiaire qui est, par rapport au cédant ayant transféré l'immeuble à la fiducie, une personne physique à nouveau mentionnée dans la première exception.

Cela étant dit, les trois exceptions décrites ci-dessus ne semblent pas couvrir tous les scénarios de transfert d'immeubles dans un contexte familial. À titre d'illustration, voici deux exemples où des droits de mutation sembleraient devoir être payés.

4.1. EXEMPLE : ACHAT D'UN IMMEUBLE PAR UNE FIDUCIE FAMILIALE

Prenons le cas où un parent transférerait une somme d'argent dans une fiducie au bénéfice de ses enfants. Advenant le cas où la fiducie prendrait cette somme pour acquérir un immeuble et, quelque temps plus tard, transférerait l'immeuble à ses bénéficiaires, ce transfert au bénéficiaire ne serait pas exonéré des droits de mutation, étant donné que l'immeuble n'aurait pas été reçu du parent. Dans un tel cas, il pourrait donc être plus avantageux pour le parent d'acheter lui-même l'immeuble et de transférer celui-ci à la fiducie, plutôt que de transférer les fonds nécessaires à son achat.

4.2. EXEMPLE : TRANSFERT D'IMMEUBLE D'UNE FIDUCIE À UNE AUTRE

Prenons également le cas où une fiducie est bénéficiaire d'une autre fiducie, comme il n'est pas si inhabituel de le voir. Si un transfert d'immeuble a lieu d'une fiducie à une autre fiducie, il ne semble y avoir aucune exclusion au paiement des droits de mutation, nonobstant le fait que la personne ayant cédé l'immeuble à la première fiducie puisse être le père ou la mère ou encore le conjoint du bénéficiaire de la deuxième fiducie. À titre d'illustration, pensons à un contribuable dont le testament prévoit la création d'une fiducie au profit du conjoint et dans laquelle sont transférés des immeubles; le testament prévoit de plus que le conjoint a droit à tous les revenus des immeubles sa vie durant mais qu'au décès du conjoint les immeubles seront transférés dans deux autres fiducies testamentaires au

profit respectivement du fils et de la fille du contribuable. Dans un tel cas, le transfert des immeubles de la fiducie testamentaire au profit du conjoint à des fiducies testamentaires distinctes au profit des enfants pourrait vraisemblablement déclencher l'obligation de verser des droits de mutation, au moment même où le transfert des immeubles par la fiducie au profit du conjoint directement entre les mains du fils et de la fille du contribuable aurait été exempté.

Lorsque des fiducies sont engagées dans le transfert d'immeubles, il semble donc que la prudence soit de mise; le praticien sera bien avisé de ne pas tenir pour acquis que la Loi concernant les droits sur les mutations immobilières ne trouve pas application dans un contexte familial.

5. L'INCIDENCE DES CONVENTIONS ENTRE ACTIONNAIRES

Il est primordial de s'assurer que, lorsqu'une convention entre actionnaires est en place, celle-ci soit rédigée de façon à s'harmoniser avec la planification successorale élaborée¹¹. Et la signature d'une nouvelle convention entre actionnaires peut être un moment bien choisi pour réviser une stratégie de planification successorale établie par le passé. Parmi les pièges à éviter ou les problèmes que l'on peut rencontrer dans la rédaction de la convention entre actionnaires, mentionnons notamment les exemples suivants.

5.1. LES CLAUSES DE RACHAT FORCÉ ET LEUR INCIDENCE SUR LE ROULEMENT AU CONJOINT

Comme chacun sait, lorsque des biens sont légués au conjoint d'un contribuable décédé, la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières* permet un roulement fiscal de ces biens afin d'éviter l'imposition du gain en capital au moment du décès. Ce roulement est cependant conditionnel à ce que les biens soient dévolus irrévocablement en faveur du conjoint (ou en faveur d'une fiducie au profit du conjoint). Pour qu'une dévolution irrévocable ait lieu, il faut donc que le conjoint ait un droit de propriété absolu sur le bien légué¹². Or, lorsque des actions d'une société

¹¹ Pour une discussion plus complète sur le sujet, voir Charles P. MARQUETTE, « Questions fiscales choisies particulièrement pertinentes aux conventions des actionnaires », (2001), vol. 49, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 211-241.

¹² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-449R, « Sens de l'expression "a été, par dévolution, irrévocablement acquis" », 25 septembre 1987, par. 1 et 2.

sont léguées à un conjoint au moment du décès et que ces actions sont assujetties à une convention entre actionnaires dans laquelle on prévoit le rachat ou la vente forcée de ces actions suivant le décès, la condition exigeant que les actions soient dévolues irrévocablement au conjoint ne sera pas remplie et le roulement fiscal sera refusé. Cette situation peut notamment être problématique lorsqu'on souhaite profiter de l'exemption pour gain en capital du conjoint ou que ce dernier a des pertes fiscales inutilisées, à titre d'exemple. Une telle clause de rachat ou de vente forcée enlève très certainement de la flexibilité aux possibilités de planification *post mortem*. On remédiera habituellement à ce problème en prévoyant plutôt une clause d'option de vente, permettant au conjoint de vendre ses actions soit à la société ou aux autres actionnaires, suivie d'une option d'achat par la société ou par les autres actionnaires, advenant le cas où le conjoint ne se serait pas prévalu de son droit de vendre. On pourrait également interposer avant le décès une société de gestion entre la société régie par une convention entre actionnaires et le contribuable, de sorte qu'au moment du décès du contribuable son conjoint recevra les actions de la société de gestion, lesquelles ne seront soumises à aucune clause de rachat forcé et seront dévolues irrévocablement.

5.2. L'INCIDENCE DES CLAUSES DE DÉTERMINATION DU PRIX DU TRANSFERT

Une autre clause pouvant se révéler problématique est la clause de détermination du prix du transfert des actions, c'est-à-dire le prix qui sera payé pour le rachat ou la vente des actions en cas de décès, invalidité, etc. Or, en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, certaines dispositions, comme, par exemple, la disposition faite en faveur d'une personne ayant un lien de dépendance ou la disposition présumée au moment du décès, sont réputées être faites à la juste valeur marchande (ci-après « JVM »). Or, la JVM d'une action peut-elle être établie en fonction de la clause de détermination du prix du transfert contenue dans la convention entre actionnaires? Et si tel n'est pas le cas, quelles seront les conséquences fiscales en découlant?

L'ARC résume les critères à respecter pour qu'une telle clause soit déterminante de la valeur marchande des actions au moment du décès d'un contribuable comme suit :

« Pour qu'une convention d'achat-vente soit considérée comme déterminant la valeur des actions conformément au paragraphe 70(5), elle doit remplir toutes les conditions suivantes :

- a) La convention doit obliger la succession à vendre les actions au décès en vertu d'une convention de vente et de rachat obligatoires ou au gré d'un acheteur désigné;
- b) La convention doit restreindre le droit de l'actionnaire de disposer de ses actions à n'importe quel prix de son vivant;
- c) La convention doit indiquer pour les actions un prix fixe ou une méthode de calcul du prix courant;
- d) Il doit s'agir d'une convention commerciale véritable, et non d'un moyen de transmettre les actions du défunt aux héritiers à un prix inférieur à une contrepartie suffisante et complète¹³. »

Dans l'éventualité où la clause de détermination de prix ne comporterait pas toutes les caractéristiques nécessaires pour être reconnue par les autorités fiscales et si celles-ci établissaient une JVM supérieure au montant que la succession recevrait au moment du rachat en vertu de la convention, le défunt aurait un gain dans sa déclaration finale basé sur cette JVM, et la succession ou son bénéficiaire pour sa part réaliserait une perte en capital sur la disposition réelle des actions à un prix inférieur. En soi, cette conséquence ne serait pas tragique si cette perte était réalisée par la succession dans l'année suivant le décès du contribuable, puisque cette perte pourrait alors être reportée à l'encontre du gain en capital dans la déclaration finale du contribuable en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R. Il n'en irait pas de même cependant si le rachat s'échelonnait sur plusieurs années.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit aussi que, lorsqu'un cédant transfère un bien à une personne avec qui il a un lien de dépendance, le cédant est réputé avoir disposé du bien pour un produit égal à sa JVM, peu importe la valeur de la contrepartie reçue en retour¹⁴. Cependant, le cessionnaire n'est pas réputé, pour sa part, avoir payé une contrepartie qui équivaut à la JVM, ce qui fait que le prix de base rajusté du bien reçu ne sera pas supérieur à la contrepartie réellement payée. On comprend donc qu'il pourrait y avoir double imposition lorsque la contrepartie est insuffisante; le cédant et le cessionnaire pourraient s'imposer tous deux sur l'excédent de la JVM réelle sur la valeur de la contrepartie. Or, comme il n'est pas rare que les parties à une convention entre actionnaires soient des personnes ayant entre elles un lien de dépendance, il sera

¹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 25 août 1989, par. 28.

¹⁴ Al. 69(1)b) L.I.R.

important de s'assurer qu'une clause de détermination de prix comprise dans une telle convention reflète bien la JVM des actions qui y sont assujetties. L'ARC indique également les conditions à respecter dans un tel cas comme suit :

« Si une convention d'achat-vente qui normalement déterminerait la valeur des biens est conclue entre des parties qui ont entre elles un lien de dépendance, les dispositions de cette convention doivent servir à déterminer la valeur, pourvu que la convention remplisse les conditions suivantes :

- a) Il s'agit d'une convention commerciale véritable;
- b) Le prix qui est fixé dans la convention ou qui est calculé selon la formule donnée dans celle-ci constitue une contrepartie suffisante et complète et correspond à la juste valeur marchande des actions déterminée indépendamment de la convention au moment de la signature de celle-ci;
- c) La convention constitue un contrat légal et exécutoire¹⁵. »

La convention entre actionnaires pourra aussi comprendre une clause de rajustement de prix pour parer à l'éventualité d'une évaluation différente faite par les autorités fiscales, quoique les actionnaires puissent ne pas apprécier le côté aléatoire d'une telle clause.

5.3. LES CLAUSES RELATIVES AU RACHAT À MÊME LE COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

Comme dernier exemple, mentionnons le cas où un contribuable décède en léguant les actions privilégiées de sa société à sa conjointe. Les actions ordinaires sont détenues par les enfants du défunt. Supposons que la société reçoive le produit d'une assurance vie au décès du contribuable. Si rien dans la convention entre actionnaires ne prévoit que la conjointe du défunt peut demander le rachat de ses actions à même le produit de l'assurance vie de manière à recevoir un dividende en capital non imposable, il n'en tiendra qu'aux enfants détenteurs des actions ordinaires de décider de quelle manière se fera le rachat des actions, ce qui peut être contraire aux intentions et volontés du défunt.

Ce ne sont là que quelques exemples choisis afin d'illustrer l'importance d'analyser de manière approfondie l'incidence que pourrait avoir une convention entre actionnaires sur une planification successorale.

¹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 13, par. 29.

CONCLUSION

Cela n'était qu'un bref aperçu des quelques pièges auxquels le praticien peut se heurter dans le cadre de l'élaboration d'une planification successorale ou suivant sa mise en place. En annexe se trouve une brève liste de contrôle présentant certains des éléments à considérer. Ce qui ressort de l'étude de ces points est l'importance de conserver toute la flexibilité possible de façon à faire face aux changements (qu'il s'agisse d'un départ pour l'étranger d'un enfant, d'un mariage, d'un divorce, de modifications législatives, etc.). Une fois qu'un premier projet de planification successorale est terminé, le praticien devra toujours prendre un certain recul afin de s'assurer que les éléments connexes à la planification ont bien été adressés.

ANNEXE

Liste de contrôle

Cette liste de contrôle, bien qu'elle soit non exhaustive, nous rappelle certains des éléments connexes à considérer dans l'élaboration d'une planification successorale adéquate.

A) Certaines considérations de nature fiscale :

1. les règles de sociétés associées;
2. la qualification d'actions prescrites aux fins de l'exemption pour gain en capital;
3. les règles de sociétés rattachées;
4. les concepts de liens de dépendance, de personnes liées ou affiliées;
5. les règles d'acquisition de contrôle;
6. la mobilité internationale des acteurs visés;
7. les règles applicables aux dons au moment du décès;
8. les règles concernant les actions privilégiées;
9. la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*.

B) Autres considérations juridiques et contractuelles :

1. l'importance des conventions entre actionnaires;
2. l'incidence du droit matrimonial et familial;
3. l'incidence des clauses restrictives de certaines conventions externes (contrats de franchise, de prêt, de licence, etc.).

C) Autres considérations pratiques :

1. la dynamique familiale;
2. la liquidité et le financement des impôts;
3. les désignations de bénéficiaires dans les polices d'assurance vie et les régimes enregistrés d'épargne-retraite.

**LES FIDUCIES DE REVENU ET LES LOIS CANADIENNES SUR
LES FIDUCIES**



Vitale A. Santoro
Avocat
Fraser Milner Casgrain s.r.l.



Christopher Main
Avocat
Fraser Milner Casgrain s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 29:3

1. LOIS SUR LES FIDUCIES 29:5

1.1. STRUCTURE DE LA FIDUCIE DE REVENU..... 29:6

1.2. CONFORMITÉ À LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*..... 29:8

1.3. EXEMPLE D'UNE STRUCTURE DE FIDUCIE DE REVENU 29:9

2. QUESTIONS RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ 29:10

2.1. DROITS DE PROPRIÉTÉ DANS LE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS 29:11

2.2. RESPONSABILITÉ LIMITÉE DES DÉTENTEURS
DE PARTS EN DROIT CIVIL 29:13

2.3. DROIT DE PROPRIÉTÉ EN COMMON LAW 29:15

2.3.1. Théorie de la délégation..... 29:16

2.3.2. Common law 29:20

2.3.3. Exigences en matière d'indemnisation 29:23

2.4.	RESPONSABILITÉ LIMITÉE DES FIDUCIAIRES	29:25
2.4.1.	Droit civil	29:25
2.5.	LOIS APPLICABLES	29:26
2.6.	LA SOCIÉTÉ COMME FIDUCIAIRE	29:27
2.7.	MODIFICATIONS DE L'ACTE DE FIDUCIE	29:28
3.	MODIFICATIONS AU CADRE JURIDIQUE	29:29
3.1.	ALBERTA – <i>INCOME TRUSTS LIABILITY ACT</i>	29:30
3.2.	ONTARIO – LOI DE 2004 SUR LA RESPONSABILITÉ DES BÉNÉFICIAIRES D'UNE FIDUCIE – PREMIÈRE LECTURE	29:30
3.3.	CANADA – PROPOSITION DU BUDGET DE 2004 ET INSTRUCTION GÉNÉRALE PROPOSÉE	29:32
3.3.1.	Consultations fédérales et suspension des limites sur les caisses de retraite dans les propositions du budget de 2004	29:32
3.3.2.	Projet d'instruction générale 41-201 relative aux fiducies de revenu et autres placements indirects (ci-après « instruction 41-201 »)	29:33
	CONCLUSION	29:35

INTRODUCTION*

Aperçu des fiducies de revenu

Les fiducies de revenu représentent, sans conteste, une réussite des marchés financiers canadiens. Quatre-vingt-six pour cent des premiers appels publics à l'épargne réalisés en 2002 au Canada étaient constitués d'offres de parts dans des fiducies de revenu¹. Jusqu'à maintenant, plus de 150 fiducies de revenu sont inscrites aux Bourses canadiennes, pour une capitalisation boursière globale de près de 90 G\$², ce qui représente près de 10 % du marché des valeurs mobilières au Canada. Il existe actuellement 13 fiducies de revenu établies au Québec, soit 8,5 % des fiducies de revenu du Canada³. Les fiducies de redevances, les fiducies de placements immobiliers (ci-après « FPI ») et les fiducies commerciales (ci-après, collectivement, « fiducies de revenu ») sont des moyens de placement négociés sur les marchés publics qui sont dotés d'avantages fiscaux et qui facilitent la circulation du flux de trésorerie généré par les entreprises exploitantes ou les biens sous-jacents. La structure des fiducies de revenu, qui permet de diminuer ou d'éliminer l'impôt à payer sur les revenus des sociétés, explique la popularité de ces véhicules au Canada. La promesse de distributions en espèces régulières est particulièrement séduisante dans le contexte actuel des bas taux d'intérêt.

Selon la structure de base des fiducies de revenu commerciales, une fiducie vend des parts au public et avance les fonds réunis à une entité (habituellement une société) qui est responsable des activités de l'entreprise. La fiducie détient tous les intérêts de l'entité exploitante. La majorité des fonds réunis sont avancés à l'entité exploitante sous forme de prêt. Les

* Les auteurs tiennent à remercier Anna Loparco (stagiaire en droit) de sa précieuse collaboration dans la rédaction du présent texte. Les références à la législation (incluant les projets de loi) et la jurisprudence sont à jour en date du 8 octobre 2004.

¹ PRICEWATERHOUSECOOPERS LLP, « Survey of IPOs in Canada in 2002 », p. 1 (<http://www.pwc.com>).

² GOUVERNEMENT DE L'ALBERTA, *Income trusts: governance and legal status. A discussion paper*, Edmonton, Alberta Revenue, juillet 2004, (http://www.revenue.gov.ab.ca/publications/2004_0728_income_trusts_discussion_paper.pdf).

³ Christine DESLANDES, « La voix des fiducies de revenu », (septembre 2004), vol. 1, n° 4 *Finance et Investissement*. Comme nous le montrerons ci-après, les fiducies établies au Québec ne sont pas nécessairement des fiducies du droit civil québécois.

conditions du prêt permettent de distribuer presque tous les revenus de l'entité exploitante avant les intérêts et les dépenses à la fiducie à titre d'intérêt, ce qui diminue le revenu imposable de l'entité en exploitation. Les fiduciaires peuvent alors distribuer les montants qu'ils reçoivent de l'entité exploitante aux détenteurs de parts, ce qui permet de faire circuler les revenus d'exploitation qui seront imposés entre les mains des détenteurs de parts⁴.

Tel que nous l'avons indiqué, le principal facteur qui explique la popularité des fiducies de revenu est leur capacité de minimiser les impôts payables sur les bénéfices des sociétés. Nous pouvons affirmer que le système fiscal canadien taxe doublement les bénéfices des sociétés : d'abord, à l'échelon des sociétés et, ensuite, entre les mains des actionnaires, quand la société verse les bénéfices après impôt à titre de dividendes. Il en résulte que le taux d'imposition marginal qui s'applique à l'impôt sur le revenu des sociétés et des particuliers relativement aux revenus en dividendes pourrait s'élever jusqu'à 54 % au Québec.

Une entreprise constituée en fiducie peut, toutefois, réduire ces impôts en diminuant le profit, relativement à la société et en déduisant les paiements versés aux détenteurs de parts, relativement à la fiducie. Le revenu de la fiducie est imposé soit entre les mains de la fiducie, si elle le conserve, soit entre les mains du bénéficiaire, si elle le lui verse. Naturellement, le but d'une fiducie de revenu est de verser des distributions à ses détenteurs de parts, qui paient par la suite de l'impôt au taux marginal d'imposition sur ce revenu, évitant ainsi la « double imposition »⁵.

Une fiducie de revenu, en tant que structure d'entreprise, convient particulièrement aux entreprises qui génèrent un flux de trésorerie prévisible et stable, par exemple les services publics et les sociétés immobilières. Elle ne convient pas tout à fait aux entreprises dont le flux de trésorerie fluctue et est imprévisible, étant donné qu'elle doit verser des distributions régulières aux détenteurs de parts⁶.

Bien que plusieurs FPI et fiducies de redevances pétrolières et gazières existent depuis au moins le milieu des années 1980, un regain d'intérêt dans le secteur des fiducies de revenu s'est manifesté au milieu des années 1990.

⁴ GOUVERNEMENT DE L'ALBERTA, *op. cit.*, note 2.

⁵ *Id.*

⁶ *Id.*

Un plus grand nombre d'entreprises dans divers secteurs ont alors utilisé la structure des fiducies de revenu. Il semblerait que presque toute entreprise en pleine maturité pourrait être un candidat, mais cette structure d'entreprise jouit d'une telle popularité sur les marchés financiers canadiens que même des entreprises moins stables ont fait l'objet d'un examen en vue d'être converties en fiducies de revenu ou ont été converties. Un seul obstacle empêche l'acceptation complète de la fiducie de revenu par les participants les plus conservateurs aux marchés financiers : les organismes de réglementation tardent à régler certaines questions juridiques propres à cette structure, dont la responsabilité limitée des détenteurs de parts et un régime de gouvernance permettant aux investisseurs de jouir des mêmes protections que les actionnaires sous le régime du droit des sociétés⁷.

Il importe de rappeler que, bien que la fiducie de revenu constitue une nouvelle structure d'entreprise, la fiducie en soi a un long historique sur le plan juridique. Les lois sur les fiducies ne sont pas nouvelles, mais leur application aux marchés financiers l'est. Lorsqu'une entreprise est établie en tant que fiducie, les règles générales applicables aux lois sur les fiducies (modifiées au moyen du document créant la fiducie) doivent s'appliquer. Par conséquent, il reste à déterminer si le fait d'adapter une nouvelle structure régie par les lois sur les valeurs mobilières aux lois sur les fiducies qui n'ont pas nécessairement été créées pour convenir aux valeurs mobilières et aux exigences des sociétés suffit pour fournir aux détenteurs de parts et aux fiduciaires une protection adéquate, c'est-à-dire au moins la même protection que celle dont bénéficient les actionnaires et les administrateurs d'une société. Ces questions seront examinées dans le présent texte.

1. LOIS SUR LES FIDUCIES

La structure de la fiducie commerciale – et donc la limitation de la responsabilité – s'inspire de celle de la société en commandite statutaire⁸. Un ou plusieurs commettants sont chargés d'administrer des biens au nom d'autres personnes qui possèdent un intérêt bénéficiaire dans ces biens. Aussi longtemps que l'entente comporte une séparation entre le contrôle et le bénéfice, les commettants ayant l'entier contrôle de la fiducie et les bénéficiaires étant des investisseurs passifs, la responsabilité des bénéficiaires est limitée. C'est le cas des bénéficiaires (les détenteurs de parts) d'une fiducie et des commanditaires d'une société. Si, toutefois, les

⁷ GOUVERNEMENT DE L'ALBERTA, *op. cit.*, note 2, p. 4.

⁸ Robert FLANNIGAN, « Business applications of the express trust », (1998) 36 *Alta. L. Rev.* 630, par. 12.

investisseurs venaient à exercer un contrôle important sur la fiducie ou à exercer un contrôle important sur les activités de la société en commandite, la loi les considérerait comme des commettants et les assujettirait aux responsabilités contractuelles et délictuelles. Les investisseurs prudents qui font des placements dans des fiducies de revenu s'inquiètent donc du fait que l'exercice de leurs droits, en tant que détenteurs de parts, sera interprété comme un contrôle exercé sur l'entreprise, ce qui pourrait les rendre responsables à cet égard.

La fiducie a été utilisée comme véhicule permettant d'exploiter une société active, y compris une société de placements, depuis au moins deux siècles, mais la fiducie en soi n'a pas été largement adoptée comme forme d'organisation des sociétés. Cela s'explique en partie par le fait que les gens d'affaires connaissent mal les règles régissant les fiducies, mais surtout par la séparation du bénéfice et du contrôle inhérents à cette structure. Plusieurs personnes qui font d'importants investissements dans une entreprise sont réticentes à assumer un rôle passif et exigent habituellement d'exercer des droits de surveillance qui seraient incompatibles avec le fondement d'une fiducie, lequel exige que le fiduciaire soit autonome afin de protéger les bénéficiaires contre toute responsabilité. Comme l'indique un vieil adage, les investisseurs sont d'avis qu'« il vaut mieux un danger qu'on connaît qu'un danger qu'on ne connaît pas ». Les investisseurs connaissent bien la structure corporative. Elle leur fournit un rempart contre les créanciers et leur permet d'exercer certains droits particuliers visant à les protéger, sans courir d'autre risque que celui lié à leur placement.

1.1. STRUCTURE DE LA FIDUCIE DE REVENU

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, les biens en fiducie d'une fiducie de revenu sont constitués en général de biens immobiliers (dans le cas des FPI) ou d'intérêts dans une entité exploitante ou une société active qui génère des revenus prévisibles. Les biens comprennent souvent des actions de l'entité exploitante, de même qu'une créance à rendement élevé, ou des droits de redevances. L'entité exploitante distribue habituellement la majorité de son flux net de trésorerie à la fiducie sous forme d'intérêt, de loyer, de redevance ou de remboursement de capital et peut permettre de réduire le revenu imposable pour l'exercice de montants équivalents, exception faite du remboursement du capital.

Une fiducie de revenu est établie au moyen d'un document écrit. Entre autres choses, l'acte de fiducie nomme le fiduciaire et établit les modalités qui régissent la relation entre le fiduciaire et les bénéficiaires (les détenteurs de parts). Les personnes physiques et morales sont autorisées à agir en tant

que fiduciaires d'une fiducie québécoise⁹. Le constituant et un ou plusieurs bénéficiaires peuvent agir en tant que fiduciaires, mais au moins une personne qui n'est ni constituant ni bénéficiaire doit agir en tant que cofiduciaire¹⁰. Cela diffère de la common law, qui n'impose pas ces restrictions.

Les bénéficiaires d'une fiducie de revenu acquièrent une fraction de participation indivise et véritable dans les biens de la fiducie en achetant des parts de la fiducie. Ces parts sont émises par la fiducie et font l'objet d'un prospectus si elles sont destinées à être émises dans le public. Dès qu'un prospectus est visé par une commission des valeurs mobilières, la fiducie devient un émetteur assujéti en vertu des lois applicables. Habituellement, l'entité exploitante est un émetteur non assujéti. Les investissements faits dans des fiducies de revenu ne peuvent être désignés comme des investissements par emprunt ou des investissements à revenu fixe étant donné que les distributions destinées aux détenteurs de parts ne sont pas garanties.

Les parts des fiducies de revenu sont habituellement inscrites à une Bourse, ce qui permet aux investisseurs d'échanger librement ces parts comme s'il s'agissait des actions d'une société par actions (ci-après « SPA ») cotées en Bourse. Bien que de telles parts soient inscrites à des fins de négociation à la Bourse de Toronto (ci-après « TSX »), les fiducies de revenu ne sont pas encore incluses dans l'indice composé S&P/TSX, eu égard à la possibilité, même éloignée, en pratique sur le plan juridique, d'engager la responsabilité illimitée des détenteurs de parts. Le directeur des *Canadian Index Services* de Standard & Poor's (ci-après « S&P ») a déclaré dans une entrevue en 2003 que les fiducies de revenu ne seraient incluses dans cet indice de référence que lorsque les clients de celui-ci y consentaient; il a aussi déclaré que S&P aimerait que des modifications législatives soient adoptées avant d'y ajouter des fiducies¹¹.

⁹ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 1274.

¹⁰ Art. 1275 C.c.Q.

¹¹ Tony SESKUS et Paul HAAVARDSRUD, « Alberta “caught napping” on income trusts: Left out of budget », 11 avril 2003, *National Post*, FP6.

1.2. CONFORMITÉ À LA *LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU*¹²

Une fiducie de revenu doit être admissible à titre de « fiducie de fonds commun de placement » en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cela permet d'assurer ce qui suit :

- a) les parts de la fiducie seront admissibles aux régimes enregistrés d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »), aux fonds enregistrés de revenu de retraite (ci-après « FERR ») et aux régimes de participation différée aux bénéfices (ci-après « RPDB »);
- b) pourvu que la fiducie n'investisse pas plus de 30 % de son actif dans des biens qui sont considérés comme des « biens étrangers », les parts de la fiducie des acheteurs exempts d'impôt ne seront pas considérées comme des « biens étrangers »;
- c) la fiducie ne sera pas assujettie aux dispositions de réalisation présumée de 21 ans prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu*; et
- d) la fiducie ne sera pas imposable en vertu de la Partie XII.2 L.I.R., qui s'applique à la tranche de ses revenus tirée des biens immobiliers (y compris les avoirs miniers) et à la plupart des gains en capital attribuables aux bénéficiaires non résidents¹³.

En règle générale, conformément au paragraphe 132(6) L.I.R., une fiducie est une fiducie de fonds commun de placement à un moment donné si, à ce moment, les conditions suivantes sont remplies¹⁴ :

- a) elle est une « fiducie d'investissement à participation unitaire » résidant au Canada;
- b) sa seule activité consiste en ce qui suit :
 - i) soit à investir ses fonds dans des biens autres que des biens immeubles;
 - ii) soit à acquérir, à détenir, à entretenir, à améliorer, à louer ou à gérer des biens immeubles qui font partie de ses immobilisations;

¹² L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

¹³ John BRUSSA, « Royalty Trusts », (1997) 35 *Alta. L. Rev.* 314. Voir Mark GILLEN et Faye WOODMAN, *The Law of Trusts. A Conceptual Approach*, Toronto, Emond Montgomery Publications Ltd., 2000, pp. 677-678.

¹⁴ Aux fins du présent document, nous présumons que la fiducie aura une seule catégorie de parts.

- c) ses parts ont été émises dans le cadre d'un appel public à l'épargne dans une province canadienne et, si les lois canadiennes applicables dans cette province l'exigent, un prospectus, une déclaration d'enregistrement ou un document similaire a été déposé auprès d'une administration du Canada (et accepté par celle-ci, selon le cas) et ce placement était fait conformément à ce document;
- d) relativement à la catégorie de parts admissibles à des fins de placement auprès du public, il existe au moins 150 détenteurs, dont chacun détient au moins un « bloc de parts »¹⁵ et des parts dont la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») s'élève au moins à 500 \$¹⁶.

De manière générale, une « fiducie d'investissement à participation unitaire » désigne une fiducie entre vifs dans laquelle l'intérêt de chaque bénéficiaire est défini en fonction des parts de la fiducie et i) qui prévoit, à la demande du détenteur, le rachat des parts¹⁷, ou encore ii) qui satisfait à certaines exigences en matière de placement¹⁸.

1.3. EXEMPLE D'UNE STRUCTURE DE FIDUCIE DE REVENU

Le texte qui suit décrit la structure de base d'un fonds à revenu comprenant deux fiducies (une structure *double trust* ou *trust-on-trust*). Cette structure utilise des entités intermédiaires (les sociétés en commandite et les fiducies) afin de minimiser l'impôt. La structure reposant sur deux fiducies est utilisée afin de préserver le régime fiscal de la fiducie qui fait le placement à titre de « fiducie de fonds commun de placement » :

- a) une fiducie qui est admissible à titre de fiducie de fonds commun de placement est établie (ci-après « Fonds »). Le Fonds est une fiducie à activités restreintes qui n'exercera pas d'autres activités que celles qu'exerce un fonds à revenu sur les « marchés financiers », par exemple,

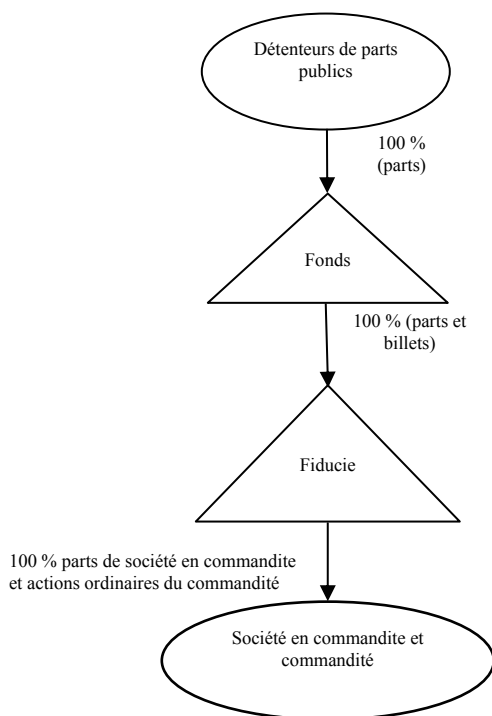
¹⁵ Conformément au paragraphe 4803(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »), le nombre de parts compris dans un « bloc de parts » dépend de la JVM d'une part de la catégorie, c'est-à-dire qu'un bloc comprend 100 parts si la JVM d'une part est inférieure à 25 \$, 25 parts si la JVM d'une part est égale ou supérieure à 25 \$, mais inférieure à 100 \$, et 10 parts si la JVM d'une part est égale ou supérieure à 100 \$.

¹⁶ Al. 4801b) R.I.R.

¹⁷ Al. 108(2)a) L.I.R.

¹⁸ Al. 108(2)b) L.I.R.

- l'émission de parts et le versement de distributions en espèces aux détenteurs de parts;
- b) le Fonds détiendra la totalité des parts d'une deuxième fiducie (ci-après « Fiducie »), qui, à son tour, détiendra un intérêt dans une société en commandite et une SPA qui est le commandité de cette dernière. La société en commandite et le commandité (ci-après, collectivement, « entité exploitante ») exploiteront l'entreprise et adopteront une politique relative à la distribution des espèces distribuables à la Fiducie;
- c) la Fiducie émettra également des billets au Fonds lorsque cela sera nécessaire afin d'assurer que les limites relatives aux biens étrangers sont respectées à des fins fiscales.



2. QUESTIONS RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ

Bien que la présence des fiducies sur les marchés financiers soit un phénomène relativement nouveau, les fiducies de revenu sont régies par des règles qui, au fil du temps, ont évolué selon d'autres relations de type

fiduciaire. L'application de ces règles traditionnelles à un nouveau produit soulève donc plusieurs questions de nature juridique.

La question juridique relative à l'application des lois sur les fiducies aux fiducies de revenu qui a reçu le plus d'attention au cours de ces dernières années est, sans doute, celle de la responsabilité des détenteurs de parts. La possibilité, même éloignée, que les détenteurs de parts soient tenus responsables de coûts supérieurs au montant de leur placement a soulevé l'inquiétude du secteur du placement¹⁹. Les médias se sont penchés sur le « danger caché » qu'une responsabilité illimitée puisse être associée à ce produit populaire²⁰. La responsabilité éventuelle et le manque de responsabilité dans le droit des fiducies québécois dérivent toutes les deux des différences liées au concept juridique de fiducie dans le droit civil québécois et les provinces de common law.

2.1. DROITS DE PROPRIÉTÉ DANS LE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Contrairement aux fiducies établies sous le régime de la common law anglo-canadienne, où l'encadrement est le résultat d'années de jurisprudence, le régime du droit des fiducies québécois a été établi par l'entremise de la législation.

Avant l'adoption du *Code civil du Québec*, qui est entré en vigueur en 1994, les tribunaux avaient fort à faire pour expliquer comment la fiducie, une « transplantation » du droit anglais introduit par des constituants anglais qui demandaient que leurs fiducies testamentaires fussent reconnues, cadrait avec le droit civil du Québec. La question la plus importante consistait à

¹⁹ S. Michael BROOKS, directeur exécutif de l'Institut canadien des compagnies immobilières publiques (ci-après « CIPREC »), a affirmé que « [...] conditional liability does exist under common law so long as beneficiaries do not control the day-to-day activities of the trust », *Internet Wealth Builder* (<http://www.gordonpape.com/News/FeatureDetails.cfm?NewsletterID=910&Type=F>). Il importe aussi de préciser que, dans le communiqué de presse de CIPREC intitulé « A Victory for REITs: Ontario Introduces Legislation to Limit Liability of Unitholders of Publicly Traded Trusts » du 22 mai 2003 (<http://www.cipprec.ca>), S. Michael Brooks affirme, relativement aux modifications proposées aux lois régissant la responsabilité des détenteurs de parts, ce qui suit : « [t]here's going to be no difference whatsoever between shareholders and unitholders when it comes to investor liability, and that should strengthen interest in income trusts both for retail and institutional investors ».

²⁰ Voir, par exemple, Sandra RUBIN « Calls for a simple act of trust », 23 octobre 2003, *Financial Post*, FP13. Voir aussi Ellen ROSEMAN, « Income trusts not without risk », 28 novembre 2002, *The Toronto Star*, M2.

déterminer à qui appartiennent les biens en fiducie dans un système juridique qui ne fait pas de distinction entre la propriété « légale » et la propriété « bénéficiaire ». Les biens appartiennent-ils au fiduciaire (assujéti à des limites sur ce qu'il peut faire avec ces biens) ou aux bénéficiaires (assujettis à des limites sur le contrôle qu'ils peuvent exercer sur ces biens)? La notion de propriété en droit civil exige une réponse « tout ou rien ». Les tribunaux ont soutenu que les fiduciaires en étaient les propriétaires. Dans *Curran c. Davis*²¹, les tribunaux ont reconnu que le fiduciaire avait un droit de propriété qui ne lui donne ni le titre de propriété ni les droits requis pour retirer des profits de ces biens. En 1982, la Cour suprême du Canada a soutenu que les fiduciaires ont une certaine forme de droit de propriété sur les biens en fiducie décrits comme « propriété *sui generis* temporaire »²². Selon le juge Rinfret, tel qu'il était alors, un fiduciaire détient presque tous les droits de propriété sans en avoir le titre²³.

La législature québécoise, en adoptant le *Code civil du Québec* en 1994, a répondu différemment à cette question. En vertu de la loi québécoise découlant du *Code civil du Québec*, les biens en fiducie n'appartiennent ni au fiduciaire ni aux bénéficiaires. La fiducie est un « patrimoine d'affectation autonome ».

Selon l'article 2 C.c.Q., chaque personne possède un patrimoine, qui est un ensemble de droits qui constitue le « gage commun » de ses créanciers. Le patrimoine est donc un élément essentiel de la personnalité juridique dans le droit québécois²⁴.

Comme l'a écrit Louis Payette, auteur traitant de la propriété des biens en vertu du droit civil :

« [...] la création d'une fondation ou d'une fiducie donne naissance à un patrimoine autonome, différent de celui du constituant, composé de biens sur lesquels celui-ci n'a aucun droit réel : les biens qu'il a transférés en fiducie ne sont plus les siens. Le patrimoine fiduciaire a ses propres créanciers qui n'ont de recours ni contre le constituant, ni contre le bénéficiaire, ni contre le fiduciaire sauf participation de ceux-ci à des actes exécutés en fraude de leur droits »²⁵.

²¹ [1933] R.C.S. 283, 305.

²² *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250, 272-273 (j. Rinfret).

²³ *Id.*

²⁴ Pierre-Yves CHÂTILLON, « La responsabilité des bénéficiaires d'une fiducie de revenu : y a-t-il danger? », 27 mai 2003, *L'Institut canadien*, 5.

²⁵ Louis PAYETTE, *Les Sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 29.

Le « patrimoine d'affectation autonome » est distinct du patrimoine du constituant, du fiduciaire ou des bénéficiaires²⁶. Toutefois, comme dans les fiducies de la common law, le fiduciaire est chargé du contrôle et de l'administration exclusive des biens en fiducie²⁷. Le titre de ces biens est au nom du fiduciaire, qui est chargé « de veiller à l'affectation et à l'administration du patrimoine fiduciaire »²⁸.

2.2. RESPONSABILITÉ LIMITÉE DES DÉTENTEURS DE PARTS EN DROIT CIVIL

L'article 1322 C.c.Q. protège expressément les bénéficiaires d'une fiducie, dans ce cas les détenteurs de parts, de toute responsabilité envers des tiers en raison des obligations qui incombent au fiduciaire. Cette responsabilité incombe au patrimoine fiduciaire lorsque le fiduciaire a commis une faute dans l'exercice de ses fonctions, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, et que les bénéficiaires en ont profité.

Dans son texte intitulé « L'administration du bien d'autrui », le professeur Madeleine Cantin Cumyn traite de la responsabilité éventuelle que peut assumer l'administrateur des biens d'autrui, y compris des biens en fiducie :

« Le bénéficiaire n'est tenu de réparer le préjudice causé à un tiers par la faute de l'administrateur que dans l'hypothèse envisagée à l'article 1322 C.c.Q. : l'acte fautif a procuré un avantage au bénéficiaire. Le montant de l'indemnité ne peut excéder la valeur de l'avantage tiré de l'acte fautif. L'article 1322 ne fait, à cet égard, aucune distinction entre la faute contractuelle et la faute extracontractuelle de l'administrateur. Lorsque l'administrateur est un fiduciaire, c'est la fiducie ou le patrimoine fiduciaire qui répond au préjudice causé à un tiers par sa faute. Bien que l'opinion contraire soit exprimée, il n'y a pas lieu d'écarter, a priori, l'application de l'article 1322 à la gestion d'affaires...En revanche, il y a, dans le mandat, une règle propre qui écarte l'application de la règle générale de l'article 1322 C.c.Q. Elle se trouve à l'article 2164 C.c.Q. qui distingue entre deux situations. Dans la première, le mandat est joint à un autre rapport contractuel impliquant un lien de subordination du représentant au représenté. Le régime du lien contractuel de subordination l'emporte et le commettant ou l'employeur répond du préjudice causé à un tiers par la faute de son préposé ou employé, conformément à l'article 1463 C.c.Q. Dans la deuxième situation, où les rapports contractuels ne relèvent que du mandat, le mandant est admis à s'exonérer de toute

²⁶ Art. 1260 C.c.Q.

²⁷ Art. 1278 C.c.Q.

²⁸ Art. 1265 C.c.Q.

responsabilité en prouvant “ qu’il n’aurait pas pu empêcher le dommage ” par des moyens raisonnables²⁹. »

Les détenteurs de parts d’une fiducie québécoise bénéficient d’une responsabilité limitée conformément aux articles 1292 à 1322 C.c.Q., qui constituent les règles de base en droit des fiducies québécois et qui stipulent que les fiducies constituent un patrimoine distinct et qu’elles limitent la responsabilité au patrimoine fiduciaire. Par conséquent, des tiers ne peuvent réclamer des dommages des détenteurs de parts, dont chacun a un patrimoine distinct. Il existe une seule exception à ce principe de responsabilité limitée, soit la participation des bénéficiaires à la violation des droits du constituant ou des droits du patrimoine fiduciaire. L’article 1292 C.c.Q. exclut cette responsabilité limitée lorsque les détenteurs de parts ont participé à une fraude. Nous estimons donc que les détenteurs de parts d’une fiducie de revenu régie par les lois québécoises sont protégés contre les réclamations faites par des tiers. Il semblerait qu’un grand nombre d’experts et de juristes partagent ce point de vue, mais il n’a pas encore été examiné par les tribunaux québécois.

Certains auteurs ont suggéré d’assurer une protection additionnelle aux détenteurs de parts contre la possibilité, même éloignée, qu’ils soient tenus responsables en insérant une clause dans tous les actes de fiducie, y compris un acte de fiducie régi par les lois québécoises, qui exigerait que le fiduciaire exonère les bénéficiaires de toute responsabilité lorsqu’il conclut des contrats avec des tiers au nom de la fiducie³⁰.

²⁹ Madeleine CANTIN CUMYN, *L’administration du bien d’autrui*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2000, p. 339.

³⁰ P.-Y. CHÂTILLON, *loc. cit.*, note 24, 11. Voir, par exemple, la clause suivante :

« Section 14.4 Liability of Unitholders and Others. No Unitholder or annuitant under a plan of which a Unitholder acts as Trustee or carrier shall be held to have any personal liability as such, and no resort shall be had to, nor shall recourse or satisfaction be sought from, the private property of any Unitholder or annuitant for any liability whatsoever, at law, tort, contract or otherwise, to any person in connection with the Trust Property or the affairs of the Trust, including, without limitation, for satisfaction of any obligation or claim arising out of or in connection with any contract or obligation of the Trust or of the Trustees or any obligation which a Unitholder or annuitant would otherwise have to indemnify a Trustee for any personal liability incurred by the Trustee as such, but rather the Trust only shall be so liable and the Trust Property only shall be subject to levy or execution for satisfaction of such liability. Each Unitholder and annuitant under a plan of which a Unitholder acts as trustee or carrier shall be entitled to be reimbursed out of the Trust Property in respect of any payment of a Trust obligation made by such Unitholder or annuitant.

(à suivre...)

2.3. DROIT DE PROPRIÉTÉ EN COMMON LAW

Dans les juridictions de common law, la fiducie repose sur une relation. Dans le cas d'une fiducie commerciale, elle repose sur une relation contractuelle entre le constituant et un ou plusieurs fiduciaires au profit des bénéficiaires en ce qui a trait à des biens ou à des droits particuliers.

Le constituant transfère le titre des biens en fiducie (appelé le titre légal) au fiduciaire afin qu'il puisse administrer ces biens ou en disposer selon les conditions de l'acte de fiducie au profit des bénéficiaires. Le bénéficiaire, en retour, détient le titre des biens en fiducie en *equity* (appelé titre en *equity* ou titre bénéficiaire). Le fiduciaire doit s'occuper des biens conformément à l'acte de fiducie, au profit du bénéficiaire.

Dans les fiducies de la common law, le fiduciaire s'engage par contrat ou s'engage personnellement auprès de tiers. En outre, il est personnellement responsable des obligations qu'il contracte envers des tiers. En ce qui concerne ces tiers, la responsabilité est assumée par le fiduciaire avec qui ils négocient. Les bénéficiaires de la fiducie sont étrangers à la relation entre le fiduciaire et les tiers, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle. Dans le cas générique, cela fait en sorte que le fiduciaire agisse tout seul; il n'est pas un mandataire et le bénéficiaire n'est pas un commettant. Le bénéficiaire est étranger au contrat de la fiducie et aux obligations qui en découlent.

Les bénéficiaires d'une fiducie de la common law bénéficient d'une responsabilité limitée étant donné qu'ils ne détiennent pas le titre légal des biens en fiducie, qu'ils ne peuvent participer à l'administration de la fiducie et qu'ils ne sont pas partie prenante aux contrats que le fiduciaire conclut avec des tiers dans le cadre de son administration³¹. Toutefois, dans les juridictions de common law, il existe deux cas où un bénéficiaire pourrait engager sa responsabilité.

(...suite)

Without limiting the generality of the foregoing, each Unitholder or annuitant shall be entitled to the benefits of the second sentence of Article 1322 of the Civil Code in respect of the obligations referred to therein. »

Extrait tiré du document « Boralex Power Income Fund, Declaration of Trust », 6 février 2002 (<http://www.sedar.com>).

³¹ P.-Y. CHÂTILLON, *loc. cit.*, note 24, 4-6.

2.3.1. Théorie de la délégation

Le bénéficiaire peut être tenu responsable lorsqu'il est démontré qu'il existe une relation mandant-mandataire. Selon cette théorie, les obligations contractées par le fiduciaire, en tant que mandataire, peuvent lier les bénéficiaires en tant que mandants. En outre, si l'acte de fiducie accorde un certain nombre de pouvoirs aux bénéficiaires (tels que celui de nommer des fiduciaires ou de les relever de leurs fonctions, ou d'approuver des décisions prises par le fiduciaire, comme dans le cas d'une fiducie de revenu), on peut se demander si le contrôle que les bénéficiaires exercent sur l'administration de la fiducie peut faire en sorte qu'ils soient considérés comme des mandants.

Ce genre de relation de mandat caractérise la « fiducie nue » dans le cadre de laquelle le fiduciaire ne possède aucun pouvoir particulier ou discrétionnaire et il doit simplement exécuter les instructions des bénéficiaires³².

Si les bénéficiaires sont réputés être les mandants, ils pourront être tenus directement responsables des actes du fiduciaire. Il a été largement accepté que le fiduciaire agit en tant que mandataire lorsque le fiduciaire est un nu-fiduciaire. De plus, une fiducie est, en général, considérée comme une fiducie nue lorsque le fiduciaire n'a aucun pouvoir discrétionnaire ou indépendant et que les bénéficiaires peuvent réclamer les biens détenus en fiducie par le fiduciaire. Ce principe a été maintenu dans *Trident Holdings Limited c. Danand Investments Ltd.*³³ Dans cette cause, une société défenderesse possédait certains immeubles en vertu d'une entente qui prévoyait qu'elle agissait en tant que propriétaire apparent pour six des autres défendeurs. La société a conclu un contrat avec le demandeur relativement à la fourniture et à l'installation de matériel électrique sur cet immeuble. Un différend a éclaté par suite de ce contrat et le demandeur a poursuivi la société et les autres défendeurs pour qui il détenait le titre de propriété en tant que propriétaire apparent ou fiduciaire pour des dommages relatifs à l'inexécution du contrat. Il fallait déterminer si le demandeur pouvait poursuivre les défendeurs qui étaient les bénéficiaires de la fiducie. La Cour d'appel a soutenu que la société a agi à titre de mandataire pour les autres défendeurs en concluant un contrat avec le demandeur et donc que les autres défendeurs étaient responsables envers le demandeur en tant que mandants. *Danand Investments Ltd.* n'était pas seulement le nu-fiduciaire

³² *Id.*, 12.

³³ 64 O.R. (2^e) 65 (J. Morden) (ci-après « *Trident* »).

des autres parties appelantes, mais également leur mandataire. En outre, la Cour a déterminé que la relation de mandant-mandataire prédominait. Une relation de mandant-mandataire peut donc exister de concert avec une nue-fiducie et engager la responsabilité des bénéficiaires à titre de mandants. Dans cette cause, le juge Morden a déclaré explicitement ce qui suit : [traduction] « Nonobstant leur différend relativement à plusieurs des circonstances dans lesquelles les bénéficiaires peuvent être responsables, messieurs Flannigan et Cullity sont d'accord que, si le fiduciaire est un nu-fiduciaire, les bénéficiaires peuvent être responsables en vertu des contrats conclus par le fiduciaire³⁴. » Trident étaye sa position en citant de larges extraits de Scott, *The Law of Trusts*³⁵.

Dans une fiducie de revenu, le fiduciaire disposera habituellement, dans une certaine mesure, d'un pouvoir indépendant et discrétionnaire. Est-ce qu'une fiducie peut être considérée comme mandataire lorsque le fiduciaire n'est pas un nu-fiduciaire? Aux États-Unis, les tribunaux ont soutenu que, même si les bénéficiaires ne peuvent être tenus personnellement responsables si les fiduciaires agissent seulement comme fiduciaires, [traduction] « ils peuvent être responsables en tant que mandants lorsqu'ils ont le pouvoir de contrôler les actes par les fiduciaires à un tel point que les fiduciaires sont leurs mandataires »³⁶. Au Canada, des arrêts récents font état

³⁴ *Id.*

³⁵ « An agent acts for, and on behalf of, his principal and subject to his control; a trustee as such is not subject to the control of his beneficiary, although he is under a duty to deal with the trust property for the latter's benefit in accordance with the terms of the trust, and can be compelled by the beneficiary to perform this duty. The agent owes a duty of obedience to his principal; a trustee is under a duty to conform to the terms of the trust. [...] A person may be both agent of and trustee for another. If he undertakes to act on behalf of the other and subject to his control he is an agent; but if he is vested with the title to property that he holds for the principal, he is also a trustee. In such a case, however, it is the agency relation that predominates, and the principles of agency rather than the principles of trust, are applicable. [...] Where a business trust is created, that is a trust for the carrying on of a business in which the interests of the beneficiaries are represented by transferable certificates, the beneficiaries may become personally liable upon obligations to third parties incurred by the trustees in the administration of the trust. By the weight of authority it is held that the beneficiaries are not personally liable if the trustees are merely trustees. But where the beneficiaries have power to control the conduct of the trustees to such an extent that the trustees are their agents, the beneficiaries are personally liable as principals » (notre soulignement), citant Austin Wakeman SCOTT, *The Law of Trusts*, W.F. Fratcher (ed.), Toronto, Little, Brown (1987).

³⁶ PRICEWATERHOUSECOOPERS LLP, *op. cit.*, note 1. Voir Austin Wakeman SCOTT, *The Law of Trusts*, W.F. Fratcher (ed.), Toronto, Little, Brown (1987).

de la volonté accrue des tribunaux de common law canadiens d'adopter un point de vue semblable à celui des États-Unis. Cela soulève la possibilité que les bénéficiaires de fiducies de revenu régies par les lois sur les fiducies des juridictions de common law puissent être tenus responsables en tant que mandants, étant donné qu'ils peuvent exercer un certain niveau de contrôle sur les fiduciaires en vertu de leur droit d'élire les fiduciaires, de les relever de leurs fonctions et de contrôler les amendements apportés à l'acte de fiducie ainsi que la fin de la fiducie³⁷.

Que ce genre de qualification mandataire-mandant puisse être appliqué à une fiducie de revenu a fait l'objet, pendant plusieurs années, d'un débat animé entre le juge Cullity de la Cour supérieure de l'Ontario et le professeur Robert Flannigan de la faculté de droit de l'Université de Saskatchewan. Selon le professeur Flannigan, si la fiducie permet aux bénéficiaires d'exercer un certain contrôle, il sera permis d'assigner, dans chaque cas, selon les pouvoirs respectifs accordés aux fiduciaires et aux bénéficiaires, un contrôle de fait aux bénéficiaires ou aux fiduciaires. Le professeur Flannigan soutient également que, si ce sont les bénéficiaires qui exercent réellement le contrôle, les tribunaux canadiens détermineront probablement qu'il existe une relation de mandat, comme les tribunaux américains l'ont fait. Le professeur Flannigan a parlé de « la théorie de l'asservissement » de l'actif, que nous aborderons plus en détail plus loin. Le juge Cullity n'est pas d'accord avec cette théorie. Il estime que les précédents jurisprudentiels anglais et canadiens, sur lesquels le professeur Flannigan fait reposer ses arguments, ne peuvent étayer cette conclusion. Il semble néanmoins qu'une opinion prévaut relativement à ce débat, à savoir qu'aussi longtemps que le fiduciaire conserve certains pouvoirs indépendants et une utilisation importante des pouvoirs discrétionnaires dans l'administration de la fiducie, les bénéficiaires peuvent aussi avoir certains droits, y compris un certain niveau de contrôle sur les biens en fiducie, sans avoir créé une relation de mandat³⁸.

La théorie de la délégation repose sur la notion de contrôle des bénéficiaires : si des bénéficiaires peuvent exercer un contrôle sur le fiduciaire, il existe une relation de mandataire. Cette notion du contrôle de fait de la fiducie par les bénéficiaires peut être reliée aux principes

³⁷ *Id.*

³⁸ P.-Y. CHÂTILLON, *loc. cit.*, note 24, 13. Tel qu'il a été discuté ci-dessus, le droit civil ne crée pas une telle relation de mandant-mandataire entre bénéficiaires et fiduciaires, car l'article 1278 C.c.Q. énonce que « [l]e fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire [...] ».

corporatifs visant à percer le voile corporatif. La rhétorique légale expliquant comment « lever ou percer le voile » d'une société est utilisée pour tenir les actionnaires personnellement responsables lorsque la société est utilisée comme mandataire ou *alter ego* d'un ou de plusieurs actionnaires³⁹.

Toute la jurisprudence principale qui a imputé la responsabilité aux bénéficiaires ou aux fiduciaires a comme fondement l'examen du contrôle exercé par les bénéficiaires⁴⁰. Bien que théoriquement possible dans le cas des fiducies de revenu, Flannigan minimise ses effets relativement aux entreprises :

« Indeed, where the business trust is truly widely-held, it probably is fair to suggest that it will be rare that beneficiaries possess any significant *de facto* control. The beneficiaries may be physically remote from the business or the periodic meetings, apathetic, more likely to dispose of their interests than to exercise any rights or more likely to defer to the perceived expertise and experience of the trustees. For these and other reasons, even beneficiaries with relatively large interests will not be in a position of *de facto* control. In such circumstances there is no reason to treat anyone other than the trustees as principals. At the same time, however, it will be appreciated that even beneficiaries of a widely-held business trust will sometimes take it upon themselves to exercise asset control if they have the power to do so. In this, as in every other set of circumstances, the question who really controls is one of fact⁴¹. »

Ce *control test* a été appliqué récemment dans la cause *Advanced Glazing Systems Limited c. Frydenlund*⁴². Dans cette cause, chaque investisseur a signé une entente fiduciaire avec Multimetro, qui a créé une fiducie en faveur des investisseurs en tant que bénéficiaires. Les investisseurs pouvaient contrôler la conduite de Multimetro en tant que mandataire. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a déterminé que Multimetro avait différents devoirs à remplir auprès des investisseurs mais qu'il n'avait pas reçu de directives du groupe. Toutefois, le vaste niveau de contrôle accordé aux investisseurs les rend personnellement responsables des

³⁹ PRICEWATERHOUSECOOPERS LLP, *op. cit.*, note 1.

⁴⁰ Robert FLANNIGAN, « The Control Test of Principal Status Applied to Business Trusts » (1986) 8 *Estates and Trusts Quarterly* 37, 110-20 et reproduit dans M. GILLEN et F. WOODMAN, *op. cit.*, note 13, p. 406.

⁴¹ *Id.*, p. 411.

⁴² [2000] B.C.J. n° 1075 (B.C.S.C.).

déclarations inexactes fournies par leur mandataire Multimetro⁴³. En outre, la Cour a conclu que l'entente entre l'investisseur et Multimetro a créé une relation générale de mandant-mandataire et qu'une personne peut être à la fois mandataire et fiduciaire pour une autre personne en même temps. Dans son jugement, la Cour s'est fiée aux principes Trident; elle s'appuie surtout sur l'idée qu'une relation de mandant-mandataire peut exister sans explicitement établir des relations mandant-mandataire et, deuxièmement, que l'existence d'une entente formelle de mandant-mandataire permettrait de conclure à la responsabilité personnelle du bénéficiaire⁴⁴.

2.3.2. Common law

Les théories de la délégation et de l'indemnisation dont il est question ci-dessus relativement à la responsabilité des détenteurs de parts peuvent également s'appliquer aux enjeux liés à la responsabilité du fiduciaire. Historiquement, les fiducies de la common law ont été utilisées pour détenir des biens tels que des biens fonciers, pour régler des successions ou investir des biens personnels dans des investissements relativement passifs. La responsabilité d'une fiducie et de son actif par rapport aux réclamations par des tiers a été largement limitée aux réclamations des créanciers qui peuvent être subrogées aux droits du fiduciaire d'être indemnisé par les biens en fiducie. Eu égard au nouveau phénomène des fiducies commerciales et leur vaste utilisation, il y a eu un changement pratique important dans la loi. En règle générale, les fiducies commerciales effectuent directement des opérations contractuelles dans les cas où la responsabilité personnelle des fiduciaires est exclue par contrat. Par conséquent, l'autre partie peut, en pratique, exercer un recours direct contre l'actif de la fiducie pour satisfaire à ses réclamations contractuelles. Toutefois, dans le cas de réclamations non contractuelles, le droit des tiers semble basé sur une réclamation subrogée au droit d'indemnisation du fiduciaire. Tout dépend encore une fois si le fiduciaire agit dans les limites de son autorité.

⁴³ L'acte constitutif et l'entente entre les coprêteurs ont établi ensemble un pouvoir général de contrôle des investisseurs et un mécanisme par lequel ce pouvoir général était exercé, par exemple : « MMC agrees to comply with any reasonable directions given by the co-lenders [...]. MMC shall call a meeting when [...] ». *Id.*, par. 64 (j. Lander).

⁴⁴ *Id.*, par. 69. Voir aussi les commentaires de la Cour dans *642947 Ontario Limited c. Fleischer*, (1997) 9 R.P.R. (3^e) 261 (Ont. C.J.); *Tri-S Investments c. Vong*, [1991] O.J. n° 2292 (Ont. C.J.); *Napev Construction Limited c. Lebedinsky*, (1984) 7 C.L.R. 57.

En ce qui concerne la responsabilité contractuelle des fiduciaires envers des tiers en vertu des lois applicables aux fiducies de la common law, un fiduciaire qui établit une telle relation dans le cadre de ses activités comme fiduciaire se rend responsable envers l'autre partie contractante. En théorie, le droit de recouvrement d'un tiers auprès d'une fiducie est une forme de subrogation étant donné que le fiduciaire a le droit d'être indemnisé à même les fonds de la fiducie prévus pour de telles réclamations. Le droit d'indemnisation est sous-entendu; toutefois, une disposition expresse dans l'acte de fiducie peut accroître ou enlever ce droit. Si le fiduciaire a conclu un contrat en tant que fiduciaire et sans responsabilité personnelle, il en résulte que le recours que pourra exercer la partie contractante sera limité à l'actif de la fiducie, **à moins** que le fiduciaire n'ait outrepassé les limites de son autorité ou qu'il n'ait agi avec duplicité. En d'autres mots, lorsque l'actif de la fiducie est insuffisant, le tiers supporte la perte et ne peut exercer de recours contre l'actif personnel du fiduciaire, à moins que celui-ci n'ait fait des déclarations inexactes. Toutefois, si le fiduciaire n'a pas expressément limité sa responsabilité personnelle, il sera personnellement responsable envers la partie contractante, mais il aura le droit d'être indemnisé à même l'actif de la fiducie, à moins que ses actions n'aient outrepassé les limites de son autorité. Une fois de plus, ce droit d'indemnisation est sous-entendu et peut être accru ou supprimé par l'acte de fiducie⁴⁵.

En ce qui concerne les ententes contractuelles, une fiducie québécoise procure davantage de garanties grâce à la protection qu'elle offre en vertu de la loi contre toute responsabilité personnelle, dans la mesure où le fiduciaire agit dans les limites de son autorité⁴⁶, sans être obligé d'inclure des dispositions additionnelles dans l'acte de fiducie. Toutefois, les fiduciaires des fiducies de la common law peuvent obtenir les mêmes résultats en concluant des actes de fiducie et en s'assurant que les obligations contractées sont sans responsabilité personnelle.

Dans les cas de causes d'action fondées sur un délit, les règles sont moins claires. Un fiduciaire ne peut normalement limiter sa responsabilité personnelle délictuelle sauf en tant que *adjunct to contractual relationships*⁴⁷. Une conduite délictuelle liée aux devoirs d'un fiduciaire

⁴⁵ William I. INNES, « Advantages and disadvantages in using a Québec trust or an Ontario trust in commercial matters – a comparative analysis », dans *Meredith Lectures 1997, Contemporary utilization of non-corporate vehicles of commerce*, Faculté de droit, Université McGill, Montréal, p. 412.

⁴⁶ Art. 1316 à 1320 C.c.Q.

⁴⁷ W.I. INNES, *loc. cit.*, note 45, 413.

entraîne la responsabilité personnelle du fiduciaire envers la partie lésée conformément aux principes courants régissant les délits.

Le droit à l'indemnisation dépendra en partie des conditions de l'acte de fiducie et de la nature de la conduite délictuelle. Dans de rares cas, on peut soutenir que la responsabilité délictuelle est un sous-produit prévisible de l'entreprise de la fiducie et que le fiduciaire devrait par conséquent être indemnisé⁴⁸.

Le principe de responsabilité Trident quant aux actions d'un nu-fiduciaire a été poussé plus loin dans *500 Glencairn Limited c. Farkas*⁴⁹, alors que la Cour de justice de l'Ontario a suivi ce principe pour permettre de poursuivre les bénéficiaires d'une fiducie nue du fait qu'ils agissaient en tant que mandants. Toutefois, elle s'est aussi inspirée d'un autre arrêt, *Dolly Varden Mines Limited (N.P.L.) c. Sunshine Exploration Ltd.*⁵⁰ lorsqu'on a déclaré qu' [traduction] « un mandataire peut être responsable aux termes d'un contrat au lieu de, ou en sus de, son mandant et la question de responsabilité dépendra dans toute cause précise sur l'interprétation des documents »⁵¹. La Cour a amalgamé ces deux principes pour conclure que le fiduciaire qui a pris le titre visant les biens en fiducie, du fait que celui-ci accepte également d'engager sa responsabilité personnelle quant aux frais d'occupation mensuels, agissait d'une manière non conforme à l'hypothèse qu'il agissait seulement comme nu-fiduciaire. La Cour soutient plutôt que ces actions démontraient que le fiduciaire avait reçu un bénéfice direct de la transaction en tant que mandant. La Cour a donc établi que le fiduciaire, bien que nu-fiduciaire, peut également être tenu responsable en tant que mandant, compte tenu des principes de bénéficiaire s'appliquant à la relation⁵².

La responsabilité limitée des investisseurs d'une fiducie de revenu régie par les principes de la common law dépend de la passivité de ceux-ci. Par conséquent, il existe le risque que les détenteurs de parts des fiducies de revenu deviennent, tout comme les actionnaires avant eux, moins passifs et tentent d'exercer plus de contrôle sur l'administration de la fiducie. La limitation de leur responsabilité devient ainsi moins un principe juridique et plus une question de fait.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ [1994] O.J. n° 138 (Ont. C.J.) (ci-après « *500 Glencairn* »).

⁵⁰ (1967) 64 D.L.R. (2^e) 283.

⁵¹ *Id.*, 295-297.

⁵² *500 Glencairn*, précité, note 49, par. 43-45.

2.3.3. Exigences en matière d'indemnisation

Pour les bénéficiaires, la deuxième source de responsabilité éventuelle en vertu de la common law relève de la doctrine de l'indemnisation. En vertu de la common law, le fiduciaire a le droit d'être indemnisé pour les honoraires et les dépenses qu'il a engagés de bon droit au nom de la fiducie au moyen de l'actif de la fiducie, lorsqu'il a agi dans les limites de ses pouvoirs. Cela se produit même lorsque d'autres créanciers ou bénéficiaires ont certaines priorités par rapport aux biens en fiducie. La question suivante a toutefois été posée : que se passe-t-il lorsque la fiducie ne possède plus d'actif et que le fiduciaire a le droit d'être indemnisé pour certains coûts par les bénéficiaires? La cause qui a réglé cette question est celle de *Hardoon c. Belilio*⁵³, qui a été entendue par le Conseil privé. L'arrêt du Conseil privé faisant autorité reposait sur le principe d'*equity* selon lequel il serait injuste de facturer au fiduciaire les coûts engagés à bon droit au bénéfice des bénéficiaires.

La cause concerne un courtier en valeurs mobilières, le demandeur Hardoon, qui, par souci de commodité, est devenu le propriétaire inscrit de 50 actions de la Bank of China, Japan and the Straits Limited. Les actions furent inscrites en son nom par son employeur, une maison de courtage. La maison de courtage a vendu l'avoir dans les actions, comme le démontrait un certificat provisoire de propriété, à un certain Coxon, qui, à son tour, a nanti ce certificat provisoire en tant que garantie pour une dette due au défendeur Belilios. Lorsque la banque a déclaré des dividendes, le défendeur Belilios, en tant que propriétaire équitable des parts, a promptement demandé et obtenu paiement du demandeur Hardoon. Les actions ont fait l'objet d'un appel de fonds et, lorsque la banque est devenue insolvable, le syndic a exigé et obtenu paiement du demandeur Hardoon. Ce dernier a cherché à se faire indemniser par le défendeur Belilios, en tant que propriétaire équitable des parts. Lord Lindley a conclu que le demandeur était en droit de réussir, non pas sur la base de la loi sur les contrats mais en vertu d'un rapport de type fiduciaire. Le demandeur Hardoon, en tant que fiduciaire, avait donc le droit d'être indemnisé par le bénéficiaire, le défendeur Belilios, pour les dépenses raisonnables de la fiducie. Même s'il n'y avait aucune fiducie expresse, le tribunal a écrit :

« The fact that they never stood in the relation of vendor and purchaser, that there was no contract between them, that the defendant never requested the plaintiff to become his trustee, are quite immaterial. All that is necessary to

⁵³ [1901] A.C. 118 (P.C.) (ci-après « *Hardoon* »).

establish the relation of trustee and *cestui que trust* is to prove that the legal title was in the plaintiff and the equitable title in the defendant. This might be proved in many ways⁵⁴. »

Diverses causes et différents documents stipulent que la cause *Hardoon* fait autorité relativement au droit d'un fiduciaire d'être indemnisé pour certaines dépenses⁵⁵. Dans cette cause, Lord Lindley développe cette règle selon laquelle [traduction] « les principes de justice les plus essentielles exigent que le *cestui que trust* qui retire tout le bénéfice des biens devrait en assumer le fardeau à moins qu'il puisse démontrer une bonne raison pourquoi le fiduciaire devrait les assumer lui-même »⁵⁶.

Selon ce principe d'*equity*, la responsabilité des détenteurs de parts de fiducie de revenu pourrait donc être engagée pour une somme supérieure à leur placement. Toutefois, la façon de couvrir ce risque dans le contexte de fiducie privée peut également être utilisée dans le cadre de la structuration des fiducies de revenu : des clauses relatives à la responsabilité peuvent être incluses dans l'acte de fiducie de manière à protéger les bénéficiaires contre la responsabilité personnelle.

Les créanciers ayant une réclamation contre la fiducie de la common law peuvent présenter celle-ci au fiduciaire personnellement et ont le droit d'être subrogés dans les droits d'indemnisation du fiduciaire à l'encontre des biens de la fiducie. Si ces biens sont insuffisants, ce droit de subrogation s'exercera à l'encontre des bénéficiaires, sur la base du principe d'*equity* susmentionné, à moins que l'acte de fiducie ou la loi n'exclue expressément cette subrogation. Comme il est indiqué, la pratique courante consiste à inclure dans les actes de fiducie la limitation des clauses de responsabilité afin de couvrir ce risque. De ce fait, il est peu probable que la responsabilité des détenteurs de parts de fiducies de revenu soit engagée⁵⁷.

⁵⁴ *Id.*, 123.

⁵⁵ Voir *Gordon c. Winnipeg Canoe Club*, [1999] M.J. n° 165, par. 27 et suiv. (C.A. Man); *Dubois c. Stringam*, [1992] A.J. n° 1075 (Alta. C.A.); *Liberal Petroleum's Trust (Re)*, [1985] A.J. n° 551 (Alta. Q.B.), par. 28 et suiv.

⁵⁶ *Hardoon*, précité, note 53, 123.

⁵⁷ P.-Y. CHÂTILLON, *loc. cit.*, note 24, 9. Voir, par exemple, « Amended and Restated Declaration of Trust » 24 juillet 2003 de Yellow Pages Income Fund, qui est constituée au Québec mais régie par le droit ontarien : « Clause 2.7 a) No Trust Unitholder, in its capacity as such, shall incur or be subject to any liability, direct or indirect, absolute or contingent, in contract or in tort or of any other kind to any person in connection with: i) the Trust Assets or the ownership, use, operation, (à suivre...) »

2.4. RESPONSABILITÉ LIMITÉE DES FIDUCIAIRES

Comme pour ce qui est de la responsabilité des détenteurs de parts, la responsabilité des fiduciaires est déterminée différemment en droit civil québécois par rapport à la common law, et le risque qu'une responsabilité soit engagée est considérablement plus faible dans le premier cas.

2.4.1. Droit civil

En vertu du droit civil québécois, lorsqu'un fiduciaire agit dans les limites de ses pouvoirs au nom de la fiducie, il n'est pas personnellement responsable envers les tiers avec qui il conclut des contrats⁵⁸. Toutefois, si le fiduciaire outrepassé ses pouvoirs, le fiduciaire devient personnellement responsable envers les tiers avec qui il a conclu des contrats. Tel qu'il est mentionné précédemment, cela n'engage pas la responsabilité des bénéficiaires, à moins qu'ils n'aient expressément ou tacitement ratifié ces obligations contractuelles contractées par le fiduciaire⁵⁹. Le *Code civil du*

(...suite)

acquisition or disposition thereof or exercise or enjoyment of the rights, privileges, conditions or benefits attached thereto, associated therewith or derived therefrom; ii) the obligations or the activities or affairs of the Trust; iii) any actual or alleged act or omission of the Trustees or by any other person in respect of the activities or affairs of the Trust; iv) any act or omission of the Trustees or by any other person the performance or exercise, or purported or attempted performance or exercise, of any obligation, power, discretion or authority conferred upon the Trustees or by any other person in respect of the activities or affairs of the Trust (whether or not authorized by or pursuant to this Declaration of Trust); v) any transaction entered into by the Trustees or by any other person in respect of the activities or affairs of the Trust (whether or not authorized by or pursuant to this Declaration of Trust); or vi) except as provided in Section 5.8, any taxes, levies, imposts or charges or fines, penalties or interest in respect thereof payable by the Trust or by the Trustees or by any other person (except the Trust Unitholder to the extent required by applicable tax laws) on behalf of or in connection with the activities or affairs of the Trust (collectively "Trust Liabilities") b) No Trust Unitholder in its capacity as a Trust Unitholder shall be liable to indemnify the Trustees or any other person with respect to any Trust Liabilities. c) To the extent that, notwithstanding the provisions of this Section 2.7, any Trust Unitholder, in its capacity as such, may be determined by a judgment of a court of competent jurisdiction to be subject to or liable in respect of any Trust Liabilities, such Trust Unitholder is entitled to be reimbursed out of the Trust Assets for any payment of Trust Liabilities made by such Trust Unitholder », (<http://www.sedar.com>).

⁵⁸ Art. 1319 C.c.Q.

⁵⁹ Art. 1370 C.c.Q.

Québec prévoit que seul le patrimoine fiduciaire est responsable envers les tiers du préjudice causé par la faute du fiduciaire⁶⁰.

Contrairement à l'existence d'une relation possible de *agency* dans la common law, une relation entre les bénéficiaires et le fiduciaire est établie en vertu des règles régissant la fiducie québécoise⁶¹. Par conséquent, l'acte de fiducie prévoit que les bénéficiaires désigneront ou remplaceront le fiduciaire⁶². Plusieurs auteurs ont fait des commentaires à cet égard, à savoir si la possibilité d'exercer le contrôle de fait sur le fiduciaire est suffisante pour créer une relation mandant-mandataire entre les bénéficiaires et le fiduciaire. Une fois de plus en droit civil, cette question de responsabilité trouve sa réponse dans le concept juridique lui-même. L'article 2130 C.c.Q. définit la nature générale d'un mandat et en limite l'étendue à un simple pouvoir de représenter le mandant dans l'accomplissement d'un acte légal avec un tiers. Le pouvoir de nommer un fiduciaire ou de le relever de ses fonctions n'est donc pas suffisant pour établir une relation en droit civil. Même si c'était le cas, le régime général applicable à la responsabilité du bénéficiaire envers les tiers, tel qu'il est énoncé à l'article 1322 C.c.Q., exonérerait les bénéficiaires de toute responsabilité, à moins qu'ils n'aient participé à une fraude⁶³.

2.5. LOIS APPLICABLES

Dans les *Meredith Lectures* de 1997 de l'Université McGill, William Innes a soulevé la possibilité qu'un autre risque guette les bénéficiaires d'une fiducie québécoise. Il a souligné que même si une fiducie est créée en vertu des lois du Québec et que l'acte de fiducie stipule qu'elle y est assujettie, on ne peut pas obliger un tribunal à appliquer les lois du Québec en examinant des questions liées à l'interprétation ou à l'administration de la fiducie. Au Québec et en vertu de la common law canadienne, les règles de conflit de lois stipulent que les questions liées à la validité et à l'administration d'une fiducie sont régies par les lois régissant l'acte de fiducie. L'article 3107 C.c.Q. stipule que les lois applicables sont celles qui sont expressément ou implicitement énoncées dans l'acte créant la fiducie. Toutefois, l'article 3107 C.c.Q. prévoit également ce qui suit : « Un

⁶⁰ Art. 1322 C.c.Q.

⁶¹ L'article 1278 C.c.Q. énonce que « [l]e fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire [...] ».

⁶² Art. 1276 C.c.Q.

⁶³ Art. 1292 C.c.Q. et P.-Y. CHÂTILLON, *loc. cit.*, note 24, 14.

élément de la fiducie susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être régi par une loi distincte. » Les tribunaux de la common law ont établi que les questions liées à l'administration de la fiducie et à ses formalités sont régies par les lois du **lieu** où la fiducie est administrée⁶⁴. Une partie de la fiducie, par exemple son administration, peut donc être régie par une loi distincte, et ce, nonobstant l'intention du constituant. Les questions relatives à l'administration peuvent inclure les droits et les obligations des fiduciaires et des bénéficiaires⁶⁵. Par conséquent, si une fiducie est créée au Québec et assujettie aux lois du Québec, mais administrée dans une autre province, un tribunal de cette autre province pourrait appliquer les règles de cette province. Selon la province, les lois applicables pourraient offrir moins de protection aux fiduciaires ou bénéficiaires d'une fiducie. Cette incertitude s'en trouve amoindrie dans le cas des fiducies québécoises (créées en vertu des lois du Québec) qui sont administrées exclusivement à l'intérieur de la province de Québec⁶⁶. Dans une certaine mesure, cette responsabilité éventuelle est également amoindrie dans le cas des fiducies de revenu qui ont recours à un fiduciaire constitué en société dont l'établissement est au Québec.

2.6. LA SOCIÉTÉ COMME FIDUCIAIRE

Étant donné les hésitations de certaines personnes à engager leur responsabilité, une société peut également agir à titre de fiduciaire d'une fiducie commerciale. Dans la common law canadienne, une SPA peut agir en tant que fiduciaire, au moins de façon accessoire, dans le cadre de ses activités sans avoir à se conformer aux lois s'appliquant aux sociétés de fiducie⁶⁷. De même, au Québec, l'article 1274 C.c.Q. stipule ce qui suit : « La personne physique pleinement capable de l'exercice de ses droits civils peut être fiduciaire, de même que la personne morale autorisée par la loi » (notre soulignement). Il reste à établir si les bénéficiaires peuvent contrôler les biens de la fiducie en contrôlant la société, devenant ainsi responsables en tant que mandants. En extrapolant à partir de l'expérience des sociétés à responsabilité limitée, il est fort probable que la réponse soit affirmative dans les provinces de common law.

⁶⁴ W.I. INNES, *loc. cit.*, note 45, 389.

⁶⁵ P.-Y. CHÂTILLON, *loc. cit.*, note 24, 9.

⁶⁶ *Id.*, 16.

⁶⁷ *Re Thorne Riddell Inc. and Rolfe*, (1983) 149 D.L.R. (3^e) 622 (B.C.C.A.), cité dans R. FLANNIGAN, *loc. cit.*, note 8, par. 15.

2.7. MODIFICATIONS DE L'ACTE DE FIDUCIE

L'article 1294 C.c.Q. prévoit expressément qu'un acte de fiducie peut être modifié au moyen d'une ordonnance d'un tribunal, à la demande d'une personne intéressée, lorsque la fiducie cesse de répondre à la volonté première du constituant. Si l'acte de fiducie répond à la volonté du constituant, le tribunal peut également modifier l'acte constitutif de façon à mieux respecter la volonté du constituant ou favoriser l'accomplissement de la fiducie :

« Lorsqu'une fiducie a cessé de répondre à la volonté première du constituant, notamment par suite de circonstances inconnues de lui ou imprévisibles qui rendent impossible ou trop onéreuse la poursuite du but de la fiducie, le tribunal peut, à la demande d'un intéressé, mettre fin à la fiducie ; il peut aussi, dans le cas d'une fiducie d'utilité sociale, lui substituer un but qui se rapproche le plus possible du but original.

Si la fiducie répond toujours à la volonté du constituant, mais que de nouvelles mesures permettraient de mieux respecter sa volonté ou favoriseraient l'accomplissement de la fiducie, le tribunal peut modifier les dispositions de l'acte constitutif. »

L'acte de fiducie d'une fiducie de revenu prévoit habituellement que les détenteurs de parts doivent approuver par voie de résolution spéciale certaines modifications de la fiducie (comme l'élection de nouveaux fiduciaires) ainsi qu'une clause visant la modification sans l'approbation des détenteurs de parts, comme dans le cas suivant :

« Amendment

The provisions of this Declaration of Trust, except where specifically provided otherwise, may only be amended by Special Resolution; provided that the provisions of this Declaration of Trust may be amended by the Trustee without the consent, approval or ratification of the Unitholders or any other person:

- a) prior to Closing, for any purpose in the sole discretion of the Trustee; or
- b) at any time, with respect to amendments which in the opinion of legal counsel to the Administrator, are required for the purpose of ensuring continuing compliance with applicable laws, regulations, requirements or policies of any governmental authority having jurisdiction over the Trustee or the Trust;
- c) at any time, with respect to amendments which, in the opinion of legal counsel to the Administrator, provide additional protection for the Unitholders;
- d) at any time to remove any conflicts or inconsistencies in this Declaration of Trust of making minor corrections which are, in the opinion of legal counsel

to the Administrator, necessary or desirable and not prejudicial to the Unitholders; or

e) making amendments which, in the opinion of counsel to the Trust, are necessary or desirable in the interests of the Unitholders as a result of changes in Canadian Taxation laws; [...]»⁶⁸.

La question a été soulevée de savoir si l'article 1294 C.c.Q. exige dans les faits l'intervention d'un tribunal afin que soit modifié dans tous les cas l'acte constitutif, nonobstant les dispositions relatives à la modification de l'acte de fiducie, comme semble le suggérer une lecture de cet article. Les tribunaux du Québec n'ont pas eu à débattre de cette question. Selon les auteurs, si l'acte constitutif prévoit ses propres clauses de modification, le recours aux tribunaux n'est pas nécessaire. Un tribunal n'aurait aucune « nouvelle mesure » à introduire. De plus, le recours aux tribunaux semble inapproprié dans le contexte des fiducies de revenu s'il n'y a aucune impasse à résoudre et si les détenteurs de parts bénéficient de protections similaires à celles qui sont conférées aux actionnaires en vertu des lois sur les SPA.

3. MODIFICATIONS AU CADRE JURIDIQUE

Une société est une entité distincte, indépendante de ses actionnaires. Elle a le droit de détenir des biens pour son propre bénéfice, de conclure des contrats, d'intenter des actions et de faire l'objet d'actions intentées contre elle. Elle possède une personnalité juridique. Ces droits découlent des lois des compagnies qui confèrent cette capacité aux sociétés et établissent un cadre réglementaire détaillé régissant les droits et obligations des administrateurs, actionnaires et créanciers. Par contre, il n'existe pas de régime législatif semblable pour les fiducies dans le Canada de la common law⁶⁹.

L'utilisation d'une structure de fiducie comme véhicule pour les investisseurs est un phénomène relativement nouveau. Par le passé, quand les fiducies avaient typiquement un nombre restreint de bénéficiaires et servaient à détenir des biens et non à gagner des revenus, il y avait moins de chance de mal interpréter la nature de la fiducie, car les bénéficiaires avaient souvent une relation plus étroite et personnelle avec le fiduciaire. Maintenant, cependant, l'utilisation de la structure de fiducie pour générer

⁶⁸ *Bell Nordiq Income Fund Trust Agreement*, (www.sedar.com).

⁶⁹ La *Loi sur les fiduciaires*, L.R.O., 1990, c. T23, prévoit un régime fiduciaire légal très limité. Il n'est toutefois pas comparable à la législation corporative telle la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44.

des revenus pour le compte d'un grand nombre d'investisseurs, qui équivaut à l'actionnariat d'une société, a modifié ce contexte. Malheureusement, les lois régissant les fiducies, à tout le moins dans la common law des provinces canadiennes, n'a pas évolué afin de s'adapter à l'utilisation plus fréquente des fiducies comme véhicules de placement et de financement public.

Certains participants au marché ont demandé aux gouvernements d'énoncer de manière définitive que la protection minimale offerte aux investisseurs, soit la responsabilité limitée, s'étende aux détenteurs de parts de fiducie, soit la protection dont bénéficient les actionnaires d'une SPA. En ce moment, seule l'Alberta a donné suite à cette demande en promulguant la loi intitulée *Income Trusts Liability Act*⁷⁰. L'Ontario est en train d'adopter un projet de loi semblable.

3.1. ALBERTA – INCOME TRUSTS LIABILITY ACT

Le 1^{er} juillet 2004, le Projet de loi 34, intitulé *Income Trusts Liability Act* (ci-après « Loi 34 »), a été déposé. Essentiellement, la Loi 34 édicte une responsabilité limitée pour les investisseurs dans des fiducies de revenu en prévoyant que, nonobstant toute indemnisation d'un fiduciaire par un bénéficiaire, un détenteur de parts dans une fiducie de revenu en Alberta n'est pas, à titre de bénéficiaire, responsable de tout acte, manquement, obligation ou responsabilité d'un fiduciaire de la fiducie de revenu. La « fiducie de revenu » est définie comme une fiducie qui est un émetteur assujéti en vertu de la *Securities Act*⁷¹ de l'Alberta et est créée en vertu d'un acte de fiducie régi par les lois de l'Alberta. En règle générale, la limitation de responsabilité législative s'appliquera au bénéficiaire, à moins que celui-ci assume un rôle actif dans la direction ou l'administration de la fiducie de revenu.

3.2. ONTARIO – LOI DE 2004 SUR LA RESPONSABILITÉ DES BÉNÉFICIAIRES D'UNE FIDUCIE – PREMIÈRE LECTURE

En mai 2003, le gouvernement de l'Ontario a présenté la *Loi de 2003 sur la responsabilité des bénéficiaires d'une fiducie*⁷², jointe en Annexe L

⁷⁰ S.A. 2004, c. L-1.5.

⁷¹ R.S.A. 2000, c. S-4.

⁷² P.L. 35, *Loi de 2003 sur la responsabilité des bénéficiaires d'une fiducie*, 1^{re} sess., 38^e lég., Ontario, 2003.

à la *Loi de 2004 sur les mesures budgétaires*⁷³, par suite des inquiétudes relatives à l'éventualité de la responsabilité illimitée. Cette loi devait mettre les bénéficiaires d'une fiducie commerciale en Ontario sur un plan d'égalité avec les actionnaires.

Tout comme la Loi 34, cette loi ontarienne proposait que les bénéficiaires d'une fiducie ne soient pas, en tant que bénéficiaires, responsables de tout acte, manquement, obligation ou responsabilité de la fiducie ou de ses fiduciaires dans la mesure où, lorsque le défaut se produirait ou l'obligation ou la responsabilité a surgi, la fiducie était un émetteur assujéti aux termes de la *Loi sur les valeurs mobilières* (Ontario) et les lois applicables à la fiducie sont celles de l'Ontario.

La *Loi de 2003 sur la responsabilité des bénéficiaires d'une fiducie* avait seulement été présentée en première lecture lorsque l'Assemblée législative de l'Ontario s'est ajournée en juin 2003. L'Assemblée législative fut dissoute par la suite lorsque le gouvernement provincial a déclenché des élections à l'automne 2003 et, par la suite, le projet de loi est mort au feuillet.

En juin 2004, le gouvernement nouvellement élu a redéposé la *Loi de 2004 sur la responsabilité des bénéficiaires d'une fiducie* devant l'Assemblée législative de l'Ontario comme annexe au Projet de loi 106, la *Loi mettant en œuvre certaines mesures budgétaires et modifiant la Loi de 1994 sur la durabilité des forêts de la Couronne*⁷⁴. Essentiellement similaire au projet de loi présenté en 2003, cette loi a fait l'objet d'une première lecture en date du 30 juin 2004 et on s'attend à ce qu'elle soit adoptée cet automne⁷⁵.

On peut cependant se demander si les lois récemment promulguées en Alberta et en Ontario prévoient une meilleure protection pour les détenteurs de parts de fiducie de revenu contre la responsabilité que celle dont ceux-ci jouissent en vertu des lois actuelles, compte tenu du fait que les principes du mandat et de l'indemnisation subsisteraient malgré la loi. Les deux lois stipulent que les détenteurs de parts ne sont pas responsables « en tant que

⁷³ L.O. 2004, c. 29.

⁷⁴ P.L. 106, *Loi mettant en œuvre certaines mesures budgétaires et modifiant la Loi de 1994 sur la durabilité des forêts de la Couronne*, 1^{re} sess., 38^e lég., Ontario, 2004.

⁷⁵ GOUVERNEMENT DE L'ALBERTA, *op. cit.*, note 2, p. 13. Voir C. DESLANDES, *loc. cit.*, note 3, 4 où l'auteur mentionne que le gouvernement de la Colombie-Britannique entend introduire un projet de loi semblable en automne 2004.

bénéficiaires »; par conséquent, les tribunaux peuvent conclure que les bénéficiaires sont responsables, non pas « en tant que bénéficiaires » mais plutôt « en tant que mandants » en vertu de la théorie du mandat, tel qu'il a été discuté plus haut⁷⁶. Ainsi, certains considèrent que la protection offerte par ces nouvelles lois est discutable.

3.3. CANADA – PROPOSITION DU BUDGET DE 2004 ET INSTRUCTION GÉNÉRALE PROPOSÉE

Deux éléments importants sont actuellement à l'étude au Canada : les plafonds imposés par le gouvernement fédéral à l'égard des placements ou des fonds de revenu et l'adoption d'une instruction générale relativement aux fiducies de revenu par les autorités en valeurs mobilières au Canada.

3.3.1. Consultations fédérales et suspension des limites sur les caisses de retraite dans les propositions du budget de 2004

Tel qu'il a déjà été discuté, la fiducie commerciale a été élaborée afin de fournir un mécanisme de transit faisant en sorte que le bénéfice des activités commerciales soit distribué efficacement aux actionnaires sans que la société ait d'impôt à payer sur ses bénéfices. Le gouvernement fédéral a exprimé son inquiétude quant au fait que les modifications des lois encouragent les caisses de retraite peu enclines à courir des risques à accroître leurs participations dans le secteur des fonds de revenu. Afin de prévenir l'érosion de l'assiette fiscale des sociétés, le gouvernement a proposé des mesures qui limiteraient l'importance du placement et le degré de participation des caisses de retraite dans les fiducies commerciales. Ces propositions prévoient que les caisses de retraite ne pourraient détenir plus de 1 % de leurs biens dans les fiducies commerciales et pas plus de 5 % des parts de toute fiducie commerciale. Il était prévu que ces limites entreraient en vigueur le 1^{er} janvier 2005⁷⁷.

Toutefois, le 18 mai 2004, à la suite de commentaires défavorables qu'il a reçus de certains participants au secteur des caisses de retraite, le ministre des Finances, M. Ralph Goodale, a annoncé que les propositions du budget du 2004 limitant les placements par les caisses de retraite dans les fiducies commerciales seraient suspendues afin de poursuivre les consultations. Le

⁷⁶ PRICEWATERHOUSECOOPERS LLP, *op. cit.*, note 1.

⁷⁷ Les REÉR et FERR ne seraient pas touchés par les limites proposées. Les limites ne s'appliqueraient qu'aux placements dans les fiducies de revenu commerciales; les fiducies de redevances et les fiducies de placements immobiliers ne sont pas touchés.

gouvernement consulte actuellement des représentants du secteur des caisses de retraite, du secteur des placements, les gouvernements provinciaux et d'autres intervenants. Cela a donné lieu à beaucoup de conjectures voulant que les avantages fiscaux des fiducies de revenu seraient éliminés, tandis que certains voient cette suspension comme une indication qu'Ottawa ne voit aucun danger pour l'intégrité du système fiscal ou son revenu en raison de l'intégration complète prévue en vertu des arrangements fiscaux⁷⁸.

Un deuxième aspect des propositions du budget fédéral porte sur l'élimination ou la réduction des avantages fiscaux dont bénéficient actuellement les détenteurs de parts non résidents. Comme l'a énoncé Margaret Lefebvre, directrice de l'Association canadienne des fonds de revenu (ACFR), groupe de pression du secteur :

« Cette mesure créera un grave problème [...]. Le marché canadien est trop petit pour financer à lui seul les milliards de dollars que nécessitent les fiducies de revenu. De plus, certains fonds sont déjà inscrits à une bourse américaine (p. ex. : Enerplus Resources, PrimeWest Energy, Pengrowth Energy, Canadian Oil Sands et TransCanada Pipelines)⁷⁹. »

La capacité éventuelle des fiducies de revenu canadiennes d'attirer des placements étrangers dépendra en partie de la réaction du gouvernement fédéral à la suite de ces consultations publiques, qu'on attend avec impatience.

3.3.2. Projet d'instruction générale 41-201 relative aux fiducies de revenu et autres placements indirects (ci-après « instruction 41-201 »)

En réaction à la prolifération des fiducies de revenu, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ci-après « ACVM ») ont publié à l'automne 2003, aux fins de commentaires, le projet d'instruction 41-201. Celui-ci fournit des conseils relativement à l'application du cadre réglementaire actuel, soit le prospectus, l'information continue et les exigences envers les initiés aux fiducies de revenu et d'autres genres de structures d'offre. Toutefois, quoique cette instruction générale ait apaisé les inquiétudes, ses dispositions ne sont pas obligatoires⁸⁰.

⁷⁸ David PERRY, « Revenue concerns addressed in income trust changes », (juin 2004), vol. 20, n° 7 *The Bottom Line*.

⁷⁹ C. DESLANDES, *loc. cit.*, note 3, 4.

⁸⁰ AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES, *Projet d'Instruction générale 41-201 « Fiducies de revenu et autres placements indirects »*, 24 octobre 2003, (http://www.cvmq.com/Upload/fichier_pdf/norme/41-201IGfr_cons.pdf).

En vertu des exigences de la norme canadienne 51-102 sur les obligations d'information continue (ci-après « norme 51-102 »), le dossier public d'un émetteur assujéti, y compris les fiducies de revenu, doit comprendre, entre autres choses, les états financiers intermédiaires et annuels, le rapport de gestion, les notices annuelles, la divulgation des réserves de pétrole et de gaz et des propriétés minières déposés auprès de l'autorité en valeurs mobilières provinciale.

Typiquement, dans une structure de fiducie de revenu, ce sont les parts de fiducie plutôt que les actions de l'entité sous-jacente qui sont inscrites à la cote pour négociation à la Bourse. Cependant, puisque les entités exploitantes ne sont pas généralement des émetteurs assujettis, elles ne sont pas tenues de maintenir un dossier de divulgation publique relativement à leurs activités commerciales et financières. Par conséquent, les informations de nature financière et autre concernant leur exploitation sont parfois seulement disponibles lorsqu'elles sont divulguées volontairement ou lorsque les règles de comptabilité exigent qu'elles soient consolidées avec celles de la fiducie qui les détient.

En plus des dispositions législatives prévoyant la responsabilité limitée des détenteurs de parts, le gouvernement de l'Alberta a traité cette question en prévoyant, à la Loi 34, des modifications à la loi sur les valeurs mobilières de cette province. Les modifications précisent que l'entité exploitante sous-jacente dans laquelle la fiducie de revenu détient une participation serait considérée comme une entreprise affiliée à la fiducie de revenu afin de se conformer aux obligations d'information continue, y compris la diffusion des informations financières aux termes des lois sur les valeurs mobilières de l'Alberta⁸¹.

Bien entendu, vu l'intérêt marqué pour la régie d'entreprise, la régie de fiducie constitue une source d'inquiétude pour les investisseurs. Contrairement aux divers droits et protections dont bénéficient les actionnaires qui sont prévus dans les lois sur les sociétés, telles que la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, il n'existe aucun régime semblable en vertu de la loi qui confère des recours en cas d'abus ou d'autres droits aux détenteurs de parts des fiducies de revenu. Selon les structures de fiducie privée traditionnelles, les fiduciaires sont liés aux bénéficiaires de la fiducie par une obligation de loyauté rigoureuse, mais les bénéficiaires n'ont aucun droit à part ceux qui peuvent être consentis aux termes de l'acte de fiducie ou en vertu de la loi. Plusieurs actes de fiducie contiennent

⁸¹ GOUVERNEMENT DE L'ALBERTA, *op. cit.*, note 2, p. 7.

maintenant des dispositions qui imitent les dispositions des sociétés, par exemple en donnant aux détenteurs de parts la capacité d'adopter des résolutions obligatoires concernant des questions telles que la nomination et le rôle des administrateurs et directeurs de même que la convocation et le déroulement des assemblées des détenteurs de parts⁸². Toutefois, les actes de fiducie des diverses fiducies de revenu peuvent varier de façon importante d'une fiducie à l'autre. Il en résulte une source de confusion éventuelle pour les détenteurs de parts, puisqu'il est possible que leur connaissance de la régie d'une fiducie ne soit pas transférable ou applicable à une autre.

Comme il est indiqué précédemment, contrairement à la norme 51-102, qui est considérée comme une règle dont les dispositions sont obligatoires, les exigences de l'instruction 41-201, proposée récemment, ne sont pas obligatoires. Néanmoins, l'instruction générale fait un pas dans la bonne direction en abordant les diverses questions de régie et les exigences de présentation de l'information dans les prospectus qui augmenteraient la protection en normalisant l'information disponible⁸³. Les investisseurs prudents seront sans aucun doute vigilants en ce qui concerne le non-respect de cette instruction.

CONCLUSION

La grande popularité que connaissent les fiducies de revenu depuis quelques années résulte essentiellement de la garantie relative que celles-ci offrent dans une période de bouleversements. Les investisseurs n'ont plus à prendre de décision de placement en fonction de promesses de croissance future ou de la confiance qu'ils ont à l'endroit de la direction; ils peuvent investir dans un produit qui garantit des distributions en espèces régulières.

Pour ce qui est des investisseurs peu enclins à courir des risques, ce nouveau produit n'est tout de même pas assez sécuritaire, étant donné que la structure des fiducies ne leur offre pas la même protection à toute épreuve que celle qu'ils sont habitués d'avoir à titre d'actionnaires. Les bénéficiaires de fiducies québécoises semblent bénéficier d'une plus grande protection contre les réclamations par des tiers, étant donné que l'article 1292 C.c.Q.

⁸² *Id.*, p. 8.

⁸³ Inclues dans cette information : la définition d'encaisse distribuable, l'obligation de divulguer si l'encaisse distribuable garantit un taux de rendement constant, les notes de stabilité, la détermination du prix de souscription des parts, la rémunération de la direction, et diverses obligations d'information continue relatives à la société en exploitation comprenant de l'information financière comparative.

exclut une telle responsabilité, sauf lorsque le bénéficiaire participe à une fraude. Même si les lois sur les fiducies des provinces de common law déterminaient également qu'une telle responsabilité existe lorsque le bénéficiaire participe à une fraude, la responsabilité peut aussi être fondée sur d'autres motifs, y compris les théories du mandat et de l'indemnisation. Les lois récemment promulguées en Alberta et en Ontario prévoient une protection en matière de responsabilité, mais les théories mêmes de responsabilité contre lesquelles elles offrent une protection indiquent du même coup la façon de les contourner.

Une fois que ces questions de responsabilité auront été résolues, les projets de loi à venir pourront être dictés par les nouveaux marchés auxquels se destinent les fiducies de revenu. Les banques d'investissements canadiennes essaient déjà d'exporter aux États-Unis leur expertise dans le domaine des fiducies de revenu sous forme de *Income Deposit Securities* (ci-après « IDS »). IDS est un titre participatif effectivement « agrafé » à un titre de créance et échangé comme une unité entière, créant ainsi un nouveau titre hybride. Sa conception et sa structure renferment plusieurs des avantages des fiducies de revenu, mais avec des différences dans la structure pour refléter les différences entre les régimes fiscaux. À titre d'exemple : les garanties de Volume Service America Holdings, Inc., dont les IDS ont commencé à être négociés sur le TSX et les bourses américaines en décembre 2003. Si les IDS ont du succès auprès des marchés américains, il sera intéressant de voir quel effet ce « rejeton » aura sur le produit parent au Canada.

L'élaboration des fonds de revenu s'effectue à la convergence des lois sur les fiducies (au Québec et en common law au Canada), des lois sur les SPA, des lois fiscales et des lois sur les valeurs mobilières. Grâce à l'apport des compétences de chaque investisseur et praticien du droit dans chacun de ces domaines aux fonds de revenu, le produit poursuivra son évolution dans le cadre juridique et, nous l'espérons, continuera de s'améliorer avec le temps.

INCORPORATION DES PROFESSIONNELS : ASPECTS PRATIQUES**Pierre Marcoux**

Avocat, M. Fisc.

Pothier Delisle, Société d'avocats

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	30:3
1. HISTORIQUE LÉGISLATIF	30:4
1.1. LES MODIFICATIONS APPORTÉES AU <i>CODE DES PROFESSIONS</i>	30:6
1.2. LES RÈGLEMENTS DES ORDRES PROFESSIONNELS	30:6
1.2.1. Les CA et les avocats	30:6
1.2.2. Les médecins, les CGA et les pharmaciens	30:6
2. PRINCIPAUX ASPECTS FISCAUX	30:7
2.1. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE L'INCORPORATION	30:7
2.2. LES TECHNIQUES DE L'INCORPORATION	30:10
3. CRÉATION DE LA SOCIÉTÉ : ASPECTS JURIDIQUES	30:12
3.1. L'OBJET DE LA SOCIÉTÉ	30:12
3.1.1. L'exercice des activités professionnelles	30:12

3.1.2.	Objet exclusif <i>versus</i> objet non exclusif.....	30:12
3.1.3.	Activités permises.....	30:13
3.2.	DÉNOMINATION SOCIALE ET NOMS D'EMPRUNT.....	30:14
3.2.1.	Expressions et sigles autorisés.....	30:14
3.2.2.	Nom ou dénomination sociale portant atteinte à la dignité de la profession.....	30:15
3.2.3.	Noms d'emprunt.....	30:15
3.2.4.	Dénomination sociale numérique.....	30:16
3.2.5.	Autres exigences.....	30:16
3.3.	MENTIONS OBLIGATOIRES DANS LES STATUTS CONSTITUTIFS DE LA SOCIÉTÉ.....	30:17
3.3.1.	Les types de mentions obligatoires.....	30:17
3.3.2.	Comparaison entre les règlements.....	30:18
3.4.	PARTICIPATION À L'ACTIONNARIAT, DIRIGEANTS ET ADMINISTRATEURS.....	30:19
3.4.1.	Participation à l'actionnariat.....	30:19
3.4.2.	Dirigeants et administrateurs.....	30:22
3.5.	RÈGLEMENTS GÉNÉRAUX ET CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES	30:23
3.5.1.	Convention entre actionnaires.....	30:23
3.5.2.	SENC convertie en SPA.....	30:25
3.5.3.	Règlements généraux.....	30:25
4.	CONVERSION EN SOCIÉTÉ PAR ACTIONS.....	30:26
4.1.	AVIS DEVANT ÊTRE TRANSMIS À L'ORDRE.....	30:26
4.2.	SYNCHRONISATION ENTRE L'IMMATRICULATION, LA RÉDACTION DE LA CONVENTION ET LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS.....	30:26
4.3.	EST-CE QUE LES RESTRICTIONS QUANT À LA DÉTENTION DES ACTIONS FORCENT LA CONVERSION SOUS LE PARAGRAPHE 85(1) L.I.R.?.....	30:27
4.4.	AVIS DEVANT ÊTRE TRANSMIS AUX CLIENTS.....	30:28
5.	DÉONTOLOGIE.....	30:28
5.1.	CODES DE DÉONTOLOGIE ET PROJETS DE MODIFICATION.....	30:28
5.2.	OBLIGATION EXPLICITE DE RESPECTER SON PROPRE CODE DE DÉONTOLOGIE ET OBLIGATION IMPLICITE DE RESPECTER LE CODE DE DÉONTOLOGIE DES AUTRES PROFESSIONNELS.....	30:29
5.3.	LES ACTES DÉROGATOIRES.....	30:30
	CONCLUSION.....	30:31

INTRODUCTION¹

Même si les modifications apportées au *Code des professions*² pour permettre aux professionnels d'exercer leur profession au sein d'une société par actions (ci-après « SPA ») ont été adoptées le 21 juin 2001, l'adoption des règlements requis afin que les membres de chacun des ordres professionnels puissent effectivement incorporer leur pratique s'effectue très lentement, si bien que, en date de rédaction du présent texte, les seuls règlements de cette nature en vigueur étaient ceux applicables aux avocats et aux comptables agréés (ci-après « CA »). Toutefois, plusieurs ordres professionnels travaillent en ce moment à des projets de règlement et tiennent des consultations auprès de leurs membres en vue du dépôt d'un règlement achevé et devant satisfaire l'Office des professions ainsi que le législateur.

Compte tenu du grand nombre d'ordres professionnels ayant choisi de permettre à leurs membres d'exercer leur profession au sein d'une SPA, nous avons dû restreindre notre analyse à un nombre limité d'ordres professionnels. Nous avons donc choisi de limiter notre analyse aux dispositions concernant les CA, les avocats, les pharmaciens, les médecins et les comptables généraux licenciés (ci-après « CGA »). Les règlements ou projets de règlements (ci-après « règlements ») auxquels nous nous référerons tout au long du présent texte sont donc les suivants :

- *Règlement sur l'exercice de la profession de comptable agréé en société*³;
- *Projet de règlement sur l'exercice de la pharmacie en société*⁴;
- *Règlement sur l'exercice de la profession d'avocat en société et en multidisciplinarité*⁵;

¹ Je tiens à remercier M^e Patricia Romanovici, M^e Bruno Georgescu et M^e Jean Efraxiadis pour leur inestimable participation à la rédaction de ce texte. Toutefois, toute erreur ou inexactitude qui pourrait s'y être glissée est ma seule responsabilité.

² L.R.Q., c. C-26.

³ R.R.Q., c. C-48 r.5.1 (ci-après « *Règlement-CA* »).

⁴ G.O. Québec, 8 septembre 2004, 136^e année, n^o 36, 3964 (ci-après « *Règlement-pharmaciens* »).

⁵ R.R.Q., c. C-26, r. 19.1.2 (ci-après « *Règlement-avocats* »).

- *Projet de règlement sur l'exercice de la profession médicale en société*⁶;
- *Projet de règlement sur l'exercice de la profession de comptable général licencié en société*⁷.

Le lecteur voudra d'ailleurs garder à l'esprit que le présent texte a été rédigé sur la base des règlements ou projets de règlements disponibles en date du 8 septembre 2004. Il est donc possible que la version finale de certains de ces règlements soit différente de celle analysée aux fins du présent texte⁸. Enfin, il faut souligner que les mêmes commentaires s'appliquent à l'égard des codes de déontologie de certains ordres professionnels qui étaient en voie de modification en date du 8 septembre 2004.

Malgré le fait que tous les ordres professionnels n'aient pas encore adopté leur règlement concernant l'exercice de la profession en société, des tendances claires se dessinent et on peut déjà établir quelles seront les exigences imposées par chacun des ordres professionnels mentionnés plus haut à l'égard de la pratique en société. Nous avons donc tenté d'établir quels sont les principaux éléments qu'un conseiller se doit de considérer avant de conseiller son client relativement à la décision de créer ou non une société aux fins d'exercer sa profession et quels seront les aspects pratiques qui influenceront sur la mise en place de cette société.

Enfin, soulignons que le présent texte ne traite en aucune façon de l'exercice d'une profession au sein d'une société en nom collectif à responsabilité limitée (ci-après « SENCRL »).

1. HISTORIQUE LÉGISLATIF

Quoique le Projet de loi n° 169, la *Loi modifiant le Code des professions et d'autres dispositions législatives concernant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société*, ait été présenté le 1^{er} décembre 2000⁹ par M^{me} Linda Goupil, ministre responsable de l'application des lois

⁶ G.O. Québec, 3 septembre 2003, 135^e année, n° 36, 4023 (ci-après « *Règlement-médecins* »).

⁷ G.O. Québec, 3 mars 2004, 136^e année, n° 9, 1377 (ci-après « *Règlement-CGA* »).

⁸ Les règlements sur l'exercice des professions de CA et d'avocat en société étaient, lors de la rédaction du présent texte, adoptés en version finale.

⁹ La deuxième lecture du Projet de loi 169 a eu lieu le 12 décembre 2000.

professionnelles, c'est M. Paul Bégin, ministre responsable des ordres professionnels, qui, à partir du 10 avril 2001¹⁰, en est devenu le nouveau parrain.

M. Paul Bégin a soutenu ce projet de loi lors de son étude détaillée à l'Assemblée nationale les 24 et 29 mai 2001¹¹. Ces extraits de son discours illustrent bien l'esprit de la *Loi modifiant le Code des professions*.

« Il s'agit [...] de préparer nos professionnels à intervenir dans un marché qui dépasse les frontières du Québec. Pour cela, on l'aura deviné, il faut qu'ils et elles puissent adopter et expérimenter des formules d'organisation qui leur seront utiles, voire nécessaires pour faire une offre de service valable où que ce soit. Il faut aussi et surtout leur donner les moyens de ce déploiement et de cette mobilité qui font partie des virtualités et des défis auxquels ils et elles auront à répondre et qui d'ailleurs correspondent souvent à ce que leurs clients québécois leur demandent déjà. [...]

En fin de compte, nous devons mettre nos professionnels en situation de contribuer autant qu'ils le veulent à l'essor d'une économie moderne pour le Québec. »

Malgré l'unanimité des membres de l'Assemblée nationale quant à l'esprit et aux objectifs du Projet de loi n° 169, Lawrence S. Bergman, porte-parole de l'opposition officielle et député de D'Arcy-McGee, souleva lors des travaux parlementaires une série de questions¹² afin de vérifier que les

¹⁰ Projet de loi 169, 2001, c. 34 (ci-après « *Loi modifiant le Code des professions* »).

¹¹ 2^e session, 36^e législature.

¹² Les sociétés de professionnels seront-elles des « coquilles vides » permettant de se soustraire à sa responsabilité professionnelle? Les ordres professionnels adopteront-ils des règlements adéquats afin d'édicter des balises relativement à l'organisation des affaires de leurs membres, notamment quant au pourcentage minimum d'actions que les membres d'un ordre professionnel devront détenir dans leur société et quant à l'exercice multidisciplinaire? Le premier règlement sur la pratique en société d'un ordre professionnel devra, en plus d'être approuvé par l'ordre et par l'Office des professions, être également approuvé par le gouvernement. Une assurance responsabilité devra couvrir les actes professionnels posés par ceux qui choisissent d'exercer en société et une autre assurance responsabilité devra couvrir les actes posés par la société. À cet égard, le Projet de loi 169 modifie la *Loi sur les assurances* (L.R.C. (1991), c. 47) afin de permettre que soient offerts des services d'assurance d'une société de professionnels. Comment s'effectuera le partage de responsabilité entre les professionnels exerçant au sein d'une même société? Comment s'effectuera le partage des honoraires entre les professionnels exerçant au sein d'une même société? Quelles seraient les conséquences des gestes des administrateurs non membres d'un ordre professionnel à l'égard des professionnels qui exercent dans la société?

changements apportés au *Code des professions* n'aient aucune incidence sur la protection du public.

Finalement, le rapport de la commission parlementaire fut déposé le 30 mai 2001. Le Projet de loi fut pris en considération le 13 juin 2001, puis adopté et sanctionné le 21 juin 2001. Le 21 juin 2001, la *Loi modifiant le Code des professions* est entrée en vigueur.

1.1. LES MODIFICATIONS APPORTÉES AU CODE DES PROFESSIONS

La *Loi modifiant le Code des professions* apporte deux modifications majeures à celui-ci.

Premièrement, cette loi modificative permet aux ordres professionnels d'adopter des règlements permettant l'exercice des activités professionnelles au sein d'une SPA ou d'une SENCRL.

Deuxièmement, la *Loi modifiant le Code des professions* prévoit une série de règles spécifiques portant sur la responsabilité limitée du membre d'un ordre professionnel, la dénomination sociale de la société, la continuation de la SENCRL, l'effet d'une telle continuation, les relations entre une société, les professionnels qui y exercent et ses administrateurs, dirigeants et représentants.

1.2. LES RÈGLEMENTS DES ORDRES PROFESSIONNELS

1.2.1. Les CA et les avocats¹³

Ces professionnels furent les premiers à se doter de règlements sur l'exercice de la profession en société. Le règlement adopté par l'Ordre des comptables agréés du Québec est entré en vigueur le 20 février 2003 et le règlement adopté par le Barreau du Québec, le 6 mai 2004.

1.2.2. Les médecins, les CGA et les pharmaciens

Les ordres professionnels des médecins, des CGA et des pharmaciens mettent la dernière main actuellement aux démarches d'adoption d'un

¹³ Par ailleurs, la *Loi modifiant le Code des professions* modifiait également l'article 125 de la *Loi sur le Barreau* (L.R.Q., c. B-1), en permettant à une SPA au sein de laquelle un avocat est autorisé à exercer ses activités professionnelles de percevoir des frais au nom de celui-ci.

règlement portant sur l'exercice de la profession en société. Au cours du mois d'août 2004, les vérifications de l'Office des professions n'étaient pas terminées et celui-ci n'avait pas encore recommandé au gouvernement d'approuver ces règlements.

2. PRINCIPAUX ASPECTS FISCAUX

Il n'est pas de l'objet du présent texte d'analyser l'ensemble des aspects fiscaux rattachés à l'exercice d'activités professionnelles en SPA ou à la conversion d'une pratique professionnelle non incorporée en une pratique professionnelle exercée par une SPA. Le texte qui suit constitue donc uniquement un résumé des principaux aspects qui devront être considérés dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise professionnelle par l'intermédiaire d'une SPA¹⁴.

Les principaux aspects fiscaux de l'incorporation d'une pratique professionnelle peuvent être classés en deux catégories.

La première catégorie, et la plus importante, vise les avantages et les inconvénients sur le plan fiscal de l'incorporation. À cette étape, le professionnel s'interrogera sur le **pourquoi** de l'incorporation.

La deuxième catégorie vise le **comment** de l'incorporation ou les techniques sur le plan fiscal permettant l'incorporation de la pratique professionnelle en diminuant ou en évitant les impacts fiscaux négatifs.

2.1. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE L'INCORPORATION

Les avantages fiscaux qu'un professionnel peut tirer de l'incorporation de sa pratique peuvent parfois, à eux seuls, motiver la création d'une SPA ou la conversion d'une société en nom collectif (ci-après « SENC ») en une SPA aux fins de l'exercice de sa profession. Voici donc quelques-uns de ces avantages :

¹⁴ De nombreux textes ont déjà été publiés relativement aux aspects fiscaux de l'exercice d'une profession par l'intermédiaire d'une SPA. Voir à cet effet, entre autres, Sylvie GARON, « Pourquoi s'incorporer? Opportunités de planification inhérentes à l'incorporation », dans *Colloque – La pratique professionnelle en société par actions, où en sommes-nous?*, 142, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 4:1-23.

- tout d'abord, l'incorporation peut permettre de bénéficier d'un report d'impôt en raison du fait que le taux d'imposition effectif applicable à une SPA est moindre que celui d'un particulier ou d'une société de personnes (donc d'une pratique non incorporée). Le taux applicable à une SPA, à compter du 1^{er} janvier 2004, est de 22,02 % (taux combiné fédéral et provincial (Québec)) pour des revenus imposables qui ne dépassent pas 250 000 \$.

Le professionnel, actionnaire d'une SPA, ne bénéficiera toutefois de ce report d'impôt que sur la portion des revenus de la SPA qui ne lui sont pas versés sous forme de dividendes. En choisissant de conserver une partie des profits dans la SPA, ces profits ne sont imposés qu'au niveau de la SPA, à un taux de 22,02 %. Par ailleurs, pour les revenus de la SPA qui dépassent la somme de 250 000 \$, le taux d'imposition de la SPA augmente de façon considérable, soit jusqu'à 31,02 %, puisque la SPA ne peut plus réclamer la déduction pour petite entreprise (ci-après « DPE »). Dans un tel cas, et pour cette portion de revenus excédentaires, l'impôt total combiné payé par l'actionnaire et la SPA sera de beaucoup supérieur;

- les bénéfices après impôts d'une SPA seront donc supérieurs à ceux d'une pratique non incorporée. Comme on vient de le voir, le taux d'impôt applicable à une SPA est de 22,02 % comparativement à celui d'une pratique non incorporée, dont le taux marginal le plus élevé sera de 48,22 %. Il sera par conséquent plus facile pour une pratique incorporée de rembourser ses dettes, de payer ses dépenses non déductibles (notamment les primes d'assurance vie ou les frais de représentation) ou de réinvestir dans ses propres activités;
- en impliquant les membres de sa famille dans l'actionnariat de sa SPA, le professionnel pourra, dans certains cas, réaliser un fractionnement des revenus de sa SPA. Une partie des dividendes de la SPA pourra être imposée entre les mains des membres de sa famille, lesquels membres peuvent être assujettis à un taux d'imposition moindre. Cette possibilité de fractionnement des revenus peut toutefois être restreinte par les exigences de certains ordres professionnels selon lesquelles la totalité des actions du capital-actions de la SPA doit être détenue par des membres de l'ordre. De plus, certaines règles d'attribution pourraient trouver application lorsque le fractionnement est fait en faveur d'un conjoint ou d'enfants mineurs;
- lors de la vente des actions de sa société, le professionnel pourra, à certaines conditions, bénéficier d'une exonération de 500 000 \$ sur le

gain en capital réalisé si ses actions se qualifient à titre d'actions admissibles de petite entreprise et dans la mesure où le professionnel n'a pas bénéficié de cette exemption par le passé¹⁵. Cet avantage n'est pas disponible pour les propriétaires d'une pratique non incorporée;

- il est possible, à certaines conditions, d'utiliser une portion des cotisations à son régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») pour investir dans les actions de sa pratique incorporée. Des limites peuvent s'appliquer quant aux montants admissibles;
- finalement, une prestation pouvant aller jusqu'à 10 000 \$ peut être versée par une SPA à l'un de ses employés (y compris un actionnaire-employé) à son décès, somme qui sera non imposable pour la succession de ce dernier.

L'incorporation d'une pratique en SPA peut aussi avoir ses inconvénients. En voici quelques-uns :

- les pertes réalisées par la SPA ne peuvent pas être transférées à ses actionnaires en raison du fait que la SPA est, sur le plan juridique, une personne distincte de ses actionnaires;
- les administrateurs de la SPA (tout comme le propriétaire d'une pratique non incorporée et l'associé d'une SENC) peuvent être tenus responsables des sommes retenues à la source, telles les déductions sur le salaire des employés¹⁶ qui n'ont pas été versées aux autorités fiscales ainsi que des retenues d'impôt sur les sommes payées à des non-résidents¹⁷. Ils sont aussi redevables des sommes retenues à l'égard des Régime de pensions du Canada (ci-après « RPC ») – Régime de rentes du Québec (ci-après « RRQ ») et de l'Assurance emploi (ci-après « AE ») qui ne sont pas versées aux autorités fiscales par la SPA. Finalement, les administrateurs peuvent être tenus responsables pour les taxes sur les produits et services (ci-après « TPS ») – taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ ») non versées aux autorités fiscales. Les administrateurs peuvent se décharger

¹⁵ Par. 110.6(2.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

¹⁶ Art. 153 L.I.R.

¹⁷ Art. 215 L.I.R.

de leur responsabilité en faisant la preuve qu'ils ont agi avec soin, diligence et habileté pour prévenir ces manquements¹⁸;

- les revenus de la SPA qui dépassent 250 000 \$ seront imposés à un taux plus élevé. Par conséquent, l'impôt total (soit l'impôt payé par la SPA ainsi que, par la suite, par l'actionnaire lors de la déclaration de dividendes) sera plus élevé pour les sommes dépassant le seuil indiqué que celui que le contribuable aurait payé s'il avait exploité sa pratique à titre personnel;
- le revenu de biens gagné par l'entremise d'une SPA est assujéti à un taux d'imposition immédiat (52 %) plus élevé que le revenu de biens gagné par un individu imposé au taux marginal le plus élevé (48,22 %);
- contrairement à un individu ou à une SENC, la SPA est assujéti, dans la province de Québec, à la taxe sur le capital. Il faut toutefois noter l'annonce par le ministère des Finances d'une augmentation à 1 M\$, pour l'année civile 2005, de la déduction dans le calcul du capital versé;
- finalement, il est à noter qu'il est généralement possible pour des professionnels de bénéficier des avantages fiscaux susmentionnés en utilisant une société de gestion incorporée. Cette société de gestion rend des services administratifs à l'entité exploitant les activités professionnelles. En contrepartie de ces services, cette entité paie des frais de gestion à la société de gestion, qui peut alors bénéficier du taux réduit d'impôt d'une SPA. Pour les professionnels utilisant déjà cette technique, la création d'une SPA pour exercer leurs activités professionnelles devra évidemment être motivée par d'autres considérations.

2.2. LES TECHNIQUES DE L'INCORPORATION

Cette deuxième catégorie vise le « comment » de l'incorporation ou les techniques sur le plan fiscal permettant l'incorporation de la pratique professionnelle en diminuant ou en évitant les impacts fiscaux d'une telle transaction¹⁹.

¹⁸ Par. 227.1(3) L.I.R.

¹⁹ Voir à cet effet, Sylvain MOREAU, « Conversion d'une entreprise individuelle ou d'une société en nom collectif (S.E.N.C.) en société par actions (S.P.A.) – incidences fiscales », dans *Colloque – La pratique professionnelle en société par actions, où en* (à suivre...)

Le professionnel désirant s'incorporer s'attend à ce que son incorporation se fasse sans impact fiscal. Ainsi, à ce stade, le conseiller fiscal du professionnel devra lui proposer, après avoir analysé les impacts fiscaux possibles, un ou plusieurs scénarios permettant une incorporation sans payer d'impôt. La *Loi de l'impôt sur le revenu* offre plusieurs techniques pour incorporer une pratique professionnelle en évitant tout impact fiscal. Ces techniques sont discutées ailleurs dans le présent texte. La planification fiscale proposée pour l'incorporation doit toutefois s'assurer que les conséquences fiscales négatives autres que celles découlant de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont évitées.

D'abord, les conditions prévues par l'article 167 de la *Loi sur la taxe d'accise*²⁰ (et son équivalent dans la *Loi sur la taxe de vente du Québec*²¹) doivent être respectées afin que le choix prévu à cet article puisse être effectué de manière à éviter l'application de la TPS et de la TVQ.

Dans un deuxième temps, il est important de s'assurer que, dans la mesure où un immeuble est transféré lors de l'incorporation, ce transfert se qualifie à une des exemptions prévues par la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*²², afin d'éviter l'application des droits de mutation.

Finalement, le transfert des comptes d'employés aux fins de l'application des cotisations au RRQ, au Fonds des services de santé et à l'AE doit se faire de manière que la SPA et l'entité qu'elle remplace, à titre d'employeurs, ne paient pas des montants en double pour ces comptes. Ce problème peut se présenter lorsque le transfert des employés, en raison de l'incorporation, s'effectue à une date autre que le 31 décembre.

(... suite)

sommes-nous?, 142, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 5:1-24.

²⁰ L.R.C. (1985), c. E-15 et mod.

²¹ L.R.Q., c. T-0.1 et mod.

²² L.R.Q., c. D-15.1 (ci-après « L.D.M.I. »). Voir notamment l'article 19 L.D.M.I.

3. CRÉATION DE LA SOCIÉTÉ : ASPECTS JURIDIQUES

3.1. L'OBJET DE LA SOCIÉTÉ

3.1.1. L'exercice des activités professionnelles

Il ne fait pas de doute que l'objet principal d'une SPA créée en vertu de l'un ou l'autre des règlements doit être l'exercice d'une profession spécifique. D'ailleurs, le paragraphe p) de l'article 94 du *Code des professions* mentionne explicitement que ces sociétés sont constituées à cette fin. Cela étant, on peut se demander si une SPA peut avoir un second objet, c'est-à-dire si d'autres fins peuvent être poursuivies par la SPA tout en respectant le règlement applicable. Est-ce qu'une activité commerciale autre peut être exercée à l'intérieur d'une SPA de professionnels?

Si certains règlements semblent exclure catégoriquement une telle possibilité, d'autres semblent le permettre. Pour cette raison, il faudra essayer de déterminer pour chaque profession concernée quelles activités commerciales pourraient entrer en conflit avec les dispositions de la loi relative à chaque ordre professionnel, de son code de déontologie ou du règlement en question.

D'entrée de jeu, on se rappellera que, tant en vertu de la *Loi sur les compagnies*²³ (Partie IA) qu'en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*²⁴, il n'y a aucune obligation de mentionner un objet dans les statuts de constitution. Toutefois la mention d'une limitation des objets poursuivis dans les statuts de constitution est toujours possible.

3.1.2. Objet exclusif versus objet non exclusif

Certains règlements mentionnent comme objet unique de la SPA l'exercice de la profession visée. Le cas le plus clair est vraisemblablement celui des pharmaciens, puisque le règlement les concernant stipule, à son article 4, que, pour qu'un pharmacien soit autorisé à exercer la pharmacie au sein d'une SPA, la société doit être constituée « exclusivement » aux fins de l'exercice de la pharmacie. Cette restriction doit obligatoirement apparaître dans les statuts constitutifs de la société²⁵.

²³ L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. »).

²⁴ L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »).

²⁵ *Règlement-pharmaciens*, art. 4, *in fine*.

La situation est différente pour les autres professions examinées. Le *Règlement-avocats* ne contient pas d'exigence particulière à cet égard. Le *Règlement-comptables*, pour sa part, prévoit, quant aux statuts de la SPA, qu'« il y est aussi stipulé que cette société est constituée aux fins d'exercer des activités professionnelles »²⁶. Quant au *Règlement-CGA*, il prévoit qu'il doit être stipulé, dans les statuts de la SPA, que « cette société est constituée aux fins d'exercer principalement des activités professionnelles »²⁷. Enfin, le *Règlement-médecins*, à son article 1, privilégie plutôt l'expression « ayant pour objet l'exercice d'activités professionnelles ».

3.1.3. Activités permises

Hormis les activités habituelles relatives à l'exercice d'une profession particulière ou en multidisciplinarité, les règlements ne mentionnent pas expressément des activités permises.

Les actes dérogatoires à la dignité de chaque profession qui sont interdits à chaque membre d'un ordre professionnel donné seront également interdits à la personne morale au sein de laquelle ces membres exercent la profession. À titre d'exemple, le *Code de déontologie des comptables agréés*²⁸ leur interdit d'exercer leurs activités professionnelles au sein d'une société avec des personnes qui commettent des actes portant atteinte à l'honneur ou à la dignité de la profession de comptable agréé ou dans laquelle des administrateurs, actionnaires, associés ou employés exercent un métier, une industrie, un commerce, une charge ou une fonction incompatible avec l'exercice de la profession.

Plus généralement, les règles applicables à la publicité interdite par les membres d'un ordre professionnel donné devront être respectées par la SPA au sein de laquelle les membres exercent cette profession.

On peut par ailleurs se demander s'il est possible pour une SPA de professionnels de détenir un intérêt dans une autre société (de professionnels ou non). Dans la mesure où l'association avec cette autre société ne risque pas de porter atteinte à la dignité ou à l'honneur de la profession, on peut penser que la détention d'actions d'une autre société ne devrait pas causer de problème. La prudence est toutefois de rigueur. En effet, s'il s'agit d'une

²⁶ *Règlement-comptables*, art. 1, *in fine*.

²⁷ *Règlement-CGA*, par. 1(7^o) et 2(4^o).

²⁸ R.R.Q., 1981, c. C-48, r.2.01.

autre SPA de professionnels, le règlement applicable pourra contenir une prohibition (voir aussi l'article 27 de la *Loi sur la pharmacie*²⁹) à la détention d'actions par une SPA. De plus, la détention d'actions d'une autre société pourra être considérée comme du « placement » et il faudra alors se demander s'il s'agit d'une activité permise aux termes du règlement applicable, en particulier si ce règlement prévoit que la société doit être constituée « exclusivement » aux fins de l'exercice de la profession. À cet effet, le *Règlement-CGA* semble plus permissif puisqu'on y prévoit que la société doit être constituée aux fins « d'exercer principalement des activités professionnelles » (Notre soulignement), ce qui laisserait ouverte la possibilité d'exercer d'autres activités, comme du placement, dans la mesure où ces autres activités demeurent secondaires.

En pratique, avant d'exercer des activités autres que celles pour lesquelles la SPA a été expressément créée, il faudra se demander s'il n'est pas préférable d'exercer lesdites activités par l'intermédiaire d'une autre entité. En effet, la sanction du non-respect du règlement applicable est généralement la prohibition pour le professionnel d'exercer sa profession au sein de la SPA. Même si les différences qu'on retrouve entre les règlements proposés par les divers ordres professionnels et leur code de déontologie respectif rendent difficile l'élaboration d'une règle générale, les termes du paragraphe 94(p) du *Code des professions* ainsi que des règlements analysés nous amènent à conclure que les activités non explicitement rattachées à l'exercice de la profession devraient, dans tous les cas, être conduites par l'intermédiaire d'une autre entité.

3.2. DÉNOMINATION SOCIALE ET NOMS D'EMPRUNT

3.2.1. Expressions et sigles autorisés

Une SPA de comptables agréés³⁰, de même qu'une SPA de médecins³¹, a le **droit** d'inscrire dans son nom l'expression « société de professionnels régie par le *Code des professions* » ou le sigle « SPRCP ».

Dans le cas des pharmaciens, la dénomination sociale de la SPA ne peut que comporter le nom d'un ou de plusieurs de ses pharmaciens actionnaires précédé du mot « pharmacie », suivi du mot « pharmacien(s) » ou

²⁹ L.R.Q. c. P-10.

³⁰ *Règlement-CA*, art. 16.

³¹ *Règlement-médecins*, art. 15.

« pharmacienne(s) »³². Notons aussi que l'article 25 de la *Loi sur la pharmacie* prévoit ce qui suit : « Nul ne peut exercer la profession de pharmacien sous un nom autre que le sien. Il est toutefois permis à des pharmaciens d'exercer leur profession sous le nom d'un ou de plusieurs associés. »

Quant aux CGA, l'article 7.01 de leur code de déontologie prévoit que « le nom d'une société de comptables généraux licenciés ne comprend que les noms d'un ou de plusieurs comptables généraux licenciés qui exercent ensemble leur profession ».

3.2.2. Nom ou dénomination sociale portant atteinte à la dignité de la profession

Les noms ou dénominations sociales portant atteinte à la dignité de la profession sont interdits expressément aux comptables³³ et aux avocats³⁴.

3.2.3. Noms d'emprunt

Les noms d'emprunt sont permis pour les sociétés de comptables agréés³⁵, de médecins³⁶ et d'avocats³⁷ mais interdits aux pharmaciens³⁸.

Le paragraphe 4(1^o) du *Règlement-CGA* semble aussi permettre l'utilisation de noms d'emprunt par les sociétés de CGA. La prudence est toutefois de rigueur, comme le démontre l'article 1.06 du *Code de déontologie des comptables généraux licenciés* (selon la modification prévue) :

« Le membre ne peut exercer l'expertise comptable ou une activité connexe sous une raison sociale ou une désignation qui induit en erreur quant au statut juridique du cabinet ou de l'organisation distincte soit comme membre exerçant seul, en société ou en corporation. »

³² *Règlement-pharmaciens*, par. 4(2^o).

³³ *Code de déontologie des comptables agréés*, art. 76.

³⁴ *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, art. 7.01.

³⁵ *Règlement-CA*, par. 4(1).

³⁶ *Règlement-médecins*, par. 2(1).

³⁷ *Règlement-avocats*, par. 4(a), Annexe B.

³⁸ *Règlement-pharmaciens*, par. 4(3).

3.2.4. Dénomination sociale numérique

Elles sont interdites aux SPA au sein desquelles exercent des comptables³⁹, des avocats⁴⁰ et des pharmaciens⁴¹.

3.2.5. Autres exigences

Toute SPA est tenue, par sa loi constitutive, d'inclure dans sa dénomination sociale une expression particulière indiquant sa forme juridique. Ainsi, en vertu de la *Loi sur les compagnies*⁴², la dénomination sociale de la SPA qui ne comprend pas l'expression « compagnie » ou « société par actions » doit comporter à la fin l'expression « inc. », « s.a. », ou « ltée »⁴³. La loi fédérale, quant à elle, offre un choix parmi les expressions « limitée », « Limited », « incorporée », « Incorporated », « Société par actions de régime fédéral », « Corporation », « ltée », « Ltd. », « inc. », « S.A.R.F. » et « Corp. »⁴⁴.

Mentionnons enfin que la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*⁴⁵ énonce, à son article 13, une série d'interdictions qui visent tout nom (dénomination sociale ou nom d'emprunt) déclaré ou utilisé au Québec par un « assujéti », ce qui englobe autant les sociétés par actions fédérales que les compagnies provinciales. Ces interdictions se rapportent essentiellement aux noms qui prêtent à confusion ou sont de nature à induire les tiers en erreur, ceux qui comprennent une idée immorale, obscène ou scandaleuse et ceux qui ne se conforment pas aux dispositions de la *Charte de la langue française*⁴⁶.

Le **tableau 2** résume les restrictions imposées relativement aux noms et dénominations sociales.

³⁹ *Code de déontologie des comptables agréés*, art. 76.

⁴⁰ *Code de déontologie des avocats*, art. 7.01.

⁴¹ *Règlement-pharmaciens*, par. 4(2^o).

⁴² Partie IA, L.C.

⁴³ Art. 123.22 L.C.

⁴⁴ Par. 10(1) L.C.S.A.

⁴⁵ L.R.Q., c. P-45.

⁴⁶ L.R.Q., c. C-11.

3.3. MENTIONS OBLIGATOIRES DANS LES STATUTS CONSTITUTIFS DE LA SOCIÉTÉ

3.3.1. Les types de mentions obligatoires

Comme c'est le cas pour toute SPA, les statuts constitutifs des SPA de professionnels devront contenir certaines mentions obligatoires. Les différents règlements à appliquer en vertu du paragraphe p de l'article 94 du *Code des professions* précisent, dans certains cas, le contenu de ces mentions et ajoutent parfois de nouvelles mentions obligatoires.

On sait que, généralement, les statuts constitutifs d'une SPA, qu'il s'agisse d'une société provinciale (Partie IA)⁴⁷ ou fédérale⁴⁸ doivent contenir diverses mentions obligatoires, telle la description du capital-actions autorisé, les nombres minimal et maximal d'administrateurs, etc. Ces statuts contiendront généralement aussi des restrictions au transfert d'actions, des pouvoirs d'emprunt, etc.

Par ailleurs, les mentions obligatoires prévues par les règlements tombent généralement dans une ou plusieurs des catégories suivantes :

- a) mentions relatives à l'actionnariat (contrôle) ou aux qualités requises pour être actionnaire;
- b) mentions relatives à la composition du conseil d'administration et au quorum aux assemblées;
- c) mentions relatives aux restrictions quant à l'exercice des droits de vote et au vote par procuration;
- d) mentions relatives aux qualités requises pour être nommé président du conseil d'administration;
- e) mentions relatives aux restrictions en matière de dénomination sociale ou de noms d'emprunt;
- f) mentions relatives aux restrictions en matière de délégation de pouvoirs du conseil d'administration;

⁴⁷ Art. 123.12 et 123.13 L.C.

⁴⁸ Art. 6 et suiv. L.C.S.A.

- g) mentions relatives aux restrictions applicables au mode de détention des actions.

En pratique, il faut s'attendre à ce qu'un grand nombre d'exigences ou de restrictions prévues par les règlements se retrouvent dans les statuts constitutifs, et ce, même si le règlement applicable n'exige pas expressément de mention obligatoire à cet effet dans les statuts. En effet, si une telle mention n'a pas été incluse dans les statuts constitutifs de la SPA, il pourrait être difficile de faire la preuve que certaines exigences ou restrictions ont été respectées. Par exemple, il pourrait être difficile de prouver qu'une SPA a été constituée aux fins d'exercer les activités professionnelles données (voir le paragraphe 94(p) du *Code des professions*) si aucune mention à cet effet n'a été incluse dans les statuts constitutifs de la SPA.

3.3.2. Comparaison entre les règlements

Une SPA au sein de laquelle travaillent des pharmaciens devra contenir dans ses statuts constitutifs six des sept catégories de mentions obligatoires mentionnées plus haut. Ses statuts devront également indiquer qu'elle est constituée exclusivement aux fins de l'exercice de la pharmacie.

Le *Règlement-médecins* et le *Règlement-avocats* requièrent la mention obligatoire des restrictions prévues quant à l'actionnariat, les entités qui pourront détenir des actions, la composition du conseil d'administration et son quorum.

Le *Règlement sur l'exercice de la profession de comptable agréé en société* distingue le cas de la SPA qui se présente comme une société de comptables agréés ou au sein de laquelle au moins un membre offre des services de certification des autres types de SPA de comptables agréés. Les conditions d'exercice de la profession de comptable agréé dans le premier type de SPA sont plus nombreuses et plus onéreuses. Dans les autres cas de SPA de comptables agréés, les mentions obligatoires dans les statuts se rapportent aux mêmes thèmes que pour les SPA d'avocats ou médecins, alors que, dans le premier, on exige au surplus la mention quant aux qualités requises pour être nommé président du conseil d'administration, ainsi que la mention quant aux limitations du vote par procuration.

De la même manière, le *Règlement-CGA* contient des dispositions différentes selon que l'on se trouve ou non en présence d'une SPA qui se présente exclusivement comme une société de comptables généraux licenciés. En effet, la SPA qui se présente exclusivement comme une société de comptables généraux licenciés se doit d'inclure dans ses statuts certaines

mentions additionnelles relatives à la détention des actions, aux qualités requises pour être nommé président du conseil d'administration ainsi qu'à certaines exigences de l'exercice du droit de vote par procuration.

Le **tableau 1** résume la situation quant aux mentions obligatoires dans les statuts.

3.4. PARTICIPATION À L'ACTIONNARIAT, DIRIGEANTS ET ADMINISTRATEURS

3.4.1. Participation à l'actionnariat

3.4.1.1. Le pouvoir de l'ordre de fixer la proportion des actions détenues par ses membres

C'est le paragraphe 94(p) du *Code des professions* qui habilite un ordre professionnel à autoriser l'incorporation de ses membres.

L'alinéa 94(p)^{2°} prévoit qu'un ordre peut fixer la proportion des actions avec droit de vote qui doivent être détenues par ses membres. Cet alinéa semble accorder un pouvoir restreint à l'ordre, soit celui de préciser le nombre d'actions avec droit de vote et non pas de réglementer la détention des actions en général (on songe, par exemple, aux actions participantes mais non votantes). À première vue, on peut donc se demander si un ordre a le pouvoir d'empêcher la détention d'actions non votantes d'une SPA de professionnels par d'autres personnes que les membres de l'ordre.

On remarque d'ailleurs que le *Règlement-CA*, le *Règlement-CGA*, le *Règlement-avocats* et le *Règlement-médecins* se limitent à réglementer la détention des droits de vote se rattachant aux actions du capital-actions d'une SPA et non pas la détention des actions en général. Il faut noter que la liste des pouvoirs conférés à l'ordre professionnel par le paragraphe 94(p) du *Code des professions* n'est pas limitative puisqu'on y mentionne que le Bureau de l'ordre professionnel visé « peut, en particulier [...] ». De plus, ce même paragraphe 94(p) permet au Bureau de l'ordre d'autoriser ses membres à exercer leurs activités professionnelles au sein d'une SPA constituée à cette fin et, « s'il y a lieu, déterminer les conditions et modalités ainsi que les restrictions suivant lesquelles ces activités peuvent être exercées », ce qui nous semble suffisant pour permettre l'adoption d'une réglementation plus sévère.

3.4.1.2. Pharmaciens : article 27 de la *Loi sur la pharmacie*

On remarquera que le cas des pharmaciens est particulier. L'article 27 de la *Loi sur la pharmacie* précise que toutes les actions d'une SPA propriétaire d'une pharmacie doivent être détenues par un ou plusieurs pharmaciens (le paragraphe 4(6) du *Règlement-pharmaciens* précise que « les actions du capital-actions de la société (qui exploite une pharmacie) sont détenues et sont la propriété exclusive de pharmaciens »).

3.4.1.3. Incidence pratique de la réglementation sur la proportion des actions avec droit de vote

Dans la mesure où un ordre professionnel choisit de ne pas réglementer la détention des actions en général mais uniquement des actions avec droit de vote, la porte reste ouverte quant aux possibilités de planification fiscale, notamment en matière de fractionnement de revenu, transmission d'entreprise, etc. Ainsi, même si un règlement prévoit que les membres d'un ordre peuvent exercer leur profession par l'entremise d'une SPA à la condition qu'ils détiennent 100 % des actions votantes, des actions autres que des actions avec droit de vote (par exemple, actions participantes et non votantes) pourront être émises à d'autres personnes (membres de la famille, investisseurs, etc.).

3.4.1.4. Pourcentage de détention – Analyse comparative

Comme chacun des ordres professionnels peut réglementer la détention des actions avec droit de vote, on retrouve dans les règlements plusieurs cas de figure.

Le **tableau 3** présente une analyse comparative entre les dispositions des divers règlements, quant à l'actionnariat.

3.4.1.5. Possibilité d'utiliser une société de gestion

La possibilité d'utiliser une société de gestion dans le cadre de l'exploitation d'une pratique professionnelle incorporée est importante en matière de planification fiscale. On constate qu'un ordre ayant opté pour une détention à 100 % des actions par un ou plusieurs membres de l'ordre (par exemple, pharmaciens) se trouve, par le fait même, à empêcher l'utilisation des sociétés de gestion.

Le **tableau 4** illustre les différences à cet égard entre les différents règlements.

3.4.1.6. Possibilité d'émettre des actions « d'investissement » à des tiers

Dans la mesure où un ordre se limite à réglementer la détention des actions votantes, on peut conclure *a priori* que des actions d'investissement non votantes (actions, participantes ou non, donnant droit à un taux de dividende généralement élevé et cumulatif) peuvent être émises.

Le **tableau 4** illustre de façon comparative les dispositions des divers règlements à cet égard.

3.4.1.7. Norme de contrôle quant à la détention des votes au niveau des sociétés de gestion

Plusieurs règlements prévoient la possibilité d'utiliser des sociétés de gestion. Généralement, ces sociétés de gestion doivent être détenues par les mêmes personnes qui sont autorisées à détenir des actions votantes de la SPA exploitant la pratique professionnelle (soit des membres de l'ordre, soit d'autres professionnels). On remarque que, dans certains cas, 100 % des droits de vote de la société de gestion doivent être détenus par ces personnes. C'est le cas, entre autres, des CA, des CGA et des médecins. Par conséquent dans la mesure où une personne autre que celles autorisées par le règlement de l'ordre devient détentrice d'une seule action votante du capital de la société de gestion, cette détention aura pour effet de « disqualifier » la société de gestion comme actionnaire autorisé de la SPA exploitant la pratique professionnelle.

3.4.1.8. Multidisciplinarité

Lorsqu'on parle de multidisciplinarité, on fait référence à des membres de différents ordres professionnels exerçant leur profession ensemble. Afin de déterminer si des membres de plusieurs ordres professionnels peuvent s'associer afin d'exploiter leur pratique par l'entremise d'une SPA, un double test doit être effectué.

Dans un premier temps, on doit déterminer si le règlement du premier ordre professionnel permet que les actions d'une SPA dans laquelle la profession visée est exercée soient détenues par d'autres personnes que les membres de cet ordre.

Dans un deuxième temps, on doit déterminer si le règlement du deuxième ordre professionnel permet que des actions comportant droit de

vote dans un pourcentage égal ou inférieur à 50 % soient détenues par les membres de ce deuxième ordre professionnel.

À titre d'exemple, il pourrait arriver que le règlement du premier ordre professionnel permette la détention d'actions votantes par des personnes autres que ses membres mais que les actions votantes doivent être détenues dans une proportion supérieure à 50 % par les membres de cet ordre. Dans la mesure où le règlement du second ordre professionnel prévoit la même chose, soit la détention supérieure à 50 % des actions votantes par ses membres, la multidisciplinarité entre les deux ordres sera impossible.

Par exemple, le *Règlement-CA* et le *Règlement-avocats* semblent permettre cette multidisciplinarité à l'intérieur d'une SPA. Ainsi, le *Règlement-avocats* est rédigé de manière très large et n'exige pas la détention d'un pourcentage supérieur à 50 % des actions votantes par des avocats.

À son tour, le *Règlement-CGA* prévoit que, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une société qui se présente comme une société de comptables agréés (ou offre des services de certification), il n'est pas nécessaire que plus de 50 % des actions votantes soient détenues par des comptables agréés.

3.4.1.9. Divers scénarios de détention d'une SPA exploitant une pratique professionnelle

On remarque que, dans la mesure où le règlement d'un ordre permet la détention d'actions par l'entremise d'une société de gestion, la rédaction de ces dispositions est généralement assez large pour permettre plusieurs scénarios de détention d'une SPA. Ainsi, on peut songer à la détention d'une pratique professionnelle par l'entremise d'une SPA détenue par une société de gestion ou par une société de personnes qui, à son tour, est détenue par des sociétés de gestion appartenant à chacun des associés. À l'intérieur de ces structures, on peut (sous réserve des dispositions de chacun des règlements concernés) utiliser des fiducies ou prévoir la détention par la même société de gestion d'actions de SPA exploitant deux pratiques professionnelles distinctes.

Ces questions sont résumées au **tableau 4** joint aux présentes.

3.4.2. Dirigeants et administrateurs

Généralement, on retrouve les mêmes restrictions à l'égard du conseil d'administration qu'à l'égard de l'actionnariat. Par exemple, dans la mesure

où un règlement prévoit que certaines personnes doivent détenir la majorité des droits de vote, la majorité des administrateurs devront faire partie des personnes qui doivent détenir plus de 50 % des droits de vote de la SPA.

Le **tableau 5** illustre de manière comparative ces dispositions pour chacun des règlements.

3.5. RÈGLEMENTS GÉNÉRAUX ET CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES

3.5.1. Convention entre actionnaires

Tout comme c'est le cas pour les statuts des futures SPA de professionnels, les règlements de chacun des ordres professionnels prévoyant l'exercice de la profession par une SPA contiennent des exigences qui auront une incidence sur le texte des règlements généraux de ces SPA ainsi que sur les conventions à conclure entre leurs actionnaires.

Dans un premier temps, on note que certains règlements prévoient expressément l'inclusion de certains termes dans la convention entre les actionnaires d'une SPA de professionnels. C'est le cas du *Règlement-pharmaciens* qui prévoit, à son article 4 *in fine*, que « le pharmacien qui est actionnaire, administrateur ou dirigeant de la société s'assure que la convention entre les actionnaires de la société comporte la clause mentionnée au paragraphe 9^o du premier alinéa ».

Ce paragraphe 9^o se lit comme suit :

« [...] lorsque la société compte plusieurs actionnaires, toutes les actions d'un actionnaire sont, dans les situations suivantes, rachetées automatiquement et obligatoirement par les autres actionnaires ou la société selon les termes et les modalités prévues à une convention entre actionnaires :

l'actionnaire décède, cesse d'être pharmacien, fait faillite ou cession de ses biens au bénéfice de l'ensemble de ses créanciers;

l'actionnaire fait l'objet d'un régime de protection et est en conséquence radié du tableau de l'Ordre »;

Toutefois, la plupart des règlements prévoyant l'exercice de la profession par une SPA ne dictent pas aussi clairement les termes de la convention entre actionnaires à intervenir. Il faudra donc analyser les règlements applicables afin d'établir quels sont les termes de ces règlements qui influent sur le texte des conventions entre actionnaires. Par exemple, certaines situations de fait particulières devront être couvertes dans la

convention entre actionnaires de façon à s'assurer que les termes des statuts et du règlement applicable seront respectés en tout temps. Prenons, par exemple, le cas d'une SPA constituée aux fins de l'exercice de la médecine et dont les actions sont détenues, par hypothèse, par trois médecins et par deux autres professionnels régis par le *Code des professions* mais qui ne sont pas des médecins, chacune de ces cinq personnes détenant 20 % des actions en circulation. L'exigence contenue au paragraphe 1^o de l'article du *Règlement-médecins* voulant que plus de 50 % des droits de vote doivent être détenus par des médecins ou des entités que des médecins contrôlent aura l'effet suivant :

- advenant qu'un des médecins-actionnaires doive vendre ses actions, il devra les vendre à un médecin;
- advenant qu'un actionnaire autre qu'un médecin doive vendre ses actions, il n'aura pas l'obligation de les vendre à un médecin dans la mesure où il les vend à une personne mentionnée à l'article 1 du *Règlement-médecins*;
- enfin, si les actions détenues par un médecin (par exemple, après son décès) doivent être rachetées par la SPA, on risque de se trouver en violation du paragraphe 1^o de l'article 1 du *Règlement-médecins*.

On remarque donc que les termes de la convention entre actionnaires devront être adaptés à la situation décrite précédemment, de façon i) à prévoir uniquement des transferts autorisés et ii) de façon que la société et ses actionnaires ne puissent, même involontairement, se trouver en violation du règlement applicable.

Enfin, soulignons que les conventions entre actionnaires devront être rédigées de façon à respecter l'ensemble des termes des codes de déontologie applicables. À cet effet, le paragraphe 4.01.05 (tel qu'il est projeté) du *Code de déontologie des comptables généraux licenciés*, est particulièrement révélateur :

« 4.01.05 : est dérogatoire à la dignité de la profession, un membre qui conclut ou permet que soit conclue, au sein d'une société dont il est associé ou actionnaire, toute entente ou convention, notamment une convention unanime entre actionnaires, ayant pour effet de mettre en péril l'indépendance, l'objectivité et l'intégrité requise pour l'exercice de sa profession ou le respect du Code des professions et des règlements pris en son application. »

3.5.2. SENC convertie en SPA

Lors de la conversion d'une SENC déjà en exploitation en une SPA, il nous apparaît qu'il sera fondamental d'examiner avec les associés quels seront les termes de la nouvelle convention entre actionnaires à intervenir non seulement pour leur indiquer les exigences du règlement applicable, mais surtout pour leur souligner les différences fondamentales entre une convention de société et une convention entre actionnaires. Ces différences sont nombreuses. Soulignons les suivantes :

- les droits d'un associé (même minoritaire) d'une SENC sont très différents de ceux d'un actionnaire minoritaire, notamment en ce qui a trait à la participation à la gestion de l'entreprise;
- la rémunération des associés d'une SENC peut être rajustée régulièrement, avec une certaine flexibilité. Dans le cas d'une SPA, les anciens actionnaires de la SENC seront généralement considérés comme des employés qui détiennent des actions de la société, ce qui implique le respect par la SPA des droits que la loi confère à un « employé » ainsi qu'une rigidité plus grande en matière de rémunération, en fonction de ce qui sera prévu dans les conventions de travail et du pourcentage de détention d'actions de chacun.

En fait, il est fort probable que l'analyse des différences fondamentales entre le traitement d'une SENC et d'une SPA amène certains professionnels à rejeter l'idée d'exercer leur profession par une SPA.

3.5.3. Règlements généraux

Tout comme dans le cas des statuts constitutifs, les règlements généraux d'une SPA de professionnels devront être adaptés en fonction du règlement applicable à l'exercice de la profession par une SPA. Par exemple, le *Règlement-pharmaciens* exige que les statuts constitutifs de la SPA mentionnent que « le vote par procuration aux assemblées des actionnaires est interdit, sauf si le mandataire est un pharmacien et actionnaire de la société »⁴⁹. La présence d'une telle mention dans les statuts de la SPA nous obligera à veiller à ce que les règlements généraux de la SPA soient rajustés en conséquence. Un autre exemple est celui du paragraphe 3^o de l'article 5 du *Règlement-avocats*, qui prévoit que les statuts de la SPA doivent contenir la mention suivante : « [...] le conseil d'administration [...] est formé en

⁴⁹ *Règlement-pharmaciens*, par. 4(8^o).

majorité de personnes visées au sous-paragraphe a) du paragraphe 1 et ces personnes doivent constituer en tout temps la majorité du quorum de tels conseils ».

Il nous apparaît que la présence de cette mention dans les statuts nous oblige à revoir les termes des règlements généraux relatifs aux assemblées du conseil d'administration afin d'éviter toute contradiction entre les statuts constitutifs et les règlements généraux.

4. CONVERSION EN SOCIÉTÉ PAR ACTIONS

4.1. AVIS DEVANT ÊTRE TRANSMIS À L'ORDRE

Les professionnels voulant incorporer leur pratique devront aviser l'ordre de ce fait.

Le **tableau 9** résume les modalités pour ce faire telles qu'elles sont précisées par les divers projets de règlements.

4.2. SYNCHRONISATION ENTRE L'IMMATRICULATION, LA RÉDACTION DE LA CONVENTION ET LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS

La nécessité de transmettre à l'ordre une déclaration avec, entre autres choses, l'immatriculation, la copie des statuts de la SPA et la copie de sa convention entre actionnaires peut poser un problème sur le plan pratique. Il pourrait ainsi se révéler difficile en pratique de procéder à la préparation et à la finalisation d'une convention entre actionnaires dans le cas d'une société de professionnels avant même que la SPA commence ses activités. En pratique, la convention entre actionnaires n'est parfois finalisée que plusieurs semaines, voire plusieurs mois après le début des activités de la société. On remarque par ailleurs que plusieurs ordres n'exigent pas une copie de la convention entre actionnaires avant le début des activités de la SPA. Ces ordres vont généralement exiger la signature d'une autorisation irrévocable par les membres de la SPA selon laquelle ses membres s'engagent à fournir à l'ordre, sur demande, toute copie des documents prévus (notamment copies des statuts constitutifs et de la convention entre actionnaires).

4.3. EST-CE QUE LES RESTRICTIONS QUANT À LA DÉTENTION DES ACTIONS FORCENT LA CONVERSION SOUS LE PARAGRAPHE 85(1) L.I.R. ?

Plusieurs techniques peuvent être utilisées afin d'incorporer les activités d'une SENC de professionnels. Il est notamment possible de procéder au transfert des actifs de la société de professionnels à une SPA en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R., suivi de la liquidation de la société de professionnels en vertu du paragraphe 85(3) L.I.R. On peut également choisir de dissoudre la société de professionnels en vertu du paragraphe 98(3) L.I.R. pour ensuite transférer des actifs de la société de professionnels à une SPA en vertu des dispositions du paragraphe 85(1) L.I.R. Finalement, les associés pourraient choisir de transférer leurs parts dans la société de personnes en faveur de la SPA (roulement sous le paragraphe 85(1) L.I.R.) suivi par la dissolution de la société de personnes.

Malgré le fait que l'analyse des aspects fiscaux de l'incorporation des activités d'une SENC ne fasse pas l'objet du présent texte, nous aimerions souligner que la méthode choisie pour l'incorporation d'une pratique professionnelle pourra dépendre des dispositions spécifiques de chacun des règlements.

À titre d'exemple, dans le cas d'un ordre professionnel exigeant que 100 % des actions soient détenues par les membres de l'ordre personnellement, il semble qu'une société de personnes ne pourra pas être détentrice d'actions (notamment le cas des pharmaciens). Or, en effectuant le transfert de la pratique professionnelle en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R., immédiatement après le transfert, la pratique professionnelle sera détenue par une SPA, dont les actions seront détenues par la société de professionnels et non pas par les professionnels eux-mêmes. Une telle détention pourrait être considérée comme illégale, et ce, malgré le fait que, après ce transfert en vertu du paragraphe 85(2) L.I.R., la société de professionnels sera dissoute en vertu du paragraphe 85(3) L.I.R.

Par conséquent, dans le cas d'un ordre professionnel qui exige que 100 % des actions soient détenues par les membres de l'ordre personnellement, il semble plus prudent, en vue de procéder à l'incorporation d'une société de professionnels déjà en activité, d'utiliser une autre méthode que le transfert de la pratique professionnelle sous le paragraphe 85(2) L.I.R.

4.4. AVIS DEVANT ÊTRE TRANSMIS AUX CLIENTS

Généralement, les règlements permettant l'incorporation prévoient que les membres de l'ordre professionnel doivent aviser leurs clients de l'incorporation de leur pratique.

Le **tableau 10** résume les obligations des professionnels relativement aux avis devant être transmis aux clients.

5. DÉONTOLOGIE

5.1. CODES DE DÉONTOLOGIE ET PROJETS DE MODIFICATION

L'insertion au *Code des professions* du chapitre VI.3 sur l'exercice des activités professionnelles au sein d'une SENCRL ou d'une SPA a soulevé une série de questions de nature déontologique au sujet de l'exercice d'une profession dans le contexte de la pratique multidisciplinaire et de l'incorporation des professionnels.

La pratique multidisciplinaire et l'incorporation des professionnels changent le rôle des professionnels pour le rendre plus complexe. D'une part, le professionnel peut, dans sa propre pratique, assumer le rôle d'actionnaire, d'administrateur ou de dirigeant ainsi que les responsabilités y afférentes; d'autre part, le professionnel peut assumer ces mêmes rôles et responsabilités dans une pratique multidisciplinaire, c'est-à-dire au sein d'une société à l'intérieur de laquelle pratiquent des professionnels soumis à des règles juridiques légèrement différentes. Dans ce dernier cas, l'organisation de l'exercice de la profession pour chaque professionnel devient plus complexe, puisqu'il faut tenir compte des responsabilités professionnelles des autres membres de la pratique.

Afin de fournir certaines réponses aux questions déontologiques qui se posent et pour contrôler l'intégrité et la conduite de leurs membres dans ce nouveau contexte, les ordres professionnels ont commencé le processus de révision de leurs codes de déontologie respectifs.

Le Barreau du Québec et l'Ordre des comptables agréés ont déjà adopté des modifications à leur code de déontologie. L'Ordre des pharmaciens ainsi que l'Ordre des comptables généraux licenciés ont aussi rédigé un projet de modification de leur code de déontologie. Plus précisément, nous allons nous référer aux codes de déontologie suivants :

- *Code de déontologie des comptables-agrèés*, c. C-48, r.2.01, à jour au 25 août 2004;
- *Code de déontologie des pharmaciens*, c. P-10, r.5. et *Projet de règlement modifiant le Code de déontologie des pharmaciens* (publié dans la Gazette Officielle du Québec du 8 septembre 2004, 136^e année, n^o 36, p. 3961);
- *Code de déontologie des comptables généraux licenciés* (c. C-26, r.30) (*Projet de règlement modifiant le Code de déontologie des comptables généraux licenciés du Québec* (publié dans la Gazette Officielle du Québec du 3 mars 2004, 136^e année, N^o 9, p. 1375);
- *Code de déontologie des avocats*, c. B-1, r.1, à jour au 6 mai 2004;
- *Code de déontologie des médecins*, c. M-9, r.4.1, à jour au 3 août 2004.

5.2. OBLIGATION EXPLICITE DE RESPECTER SON PROPRE CODE DE DÉONTOLOGIE ET OBLIGATION IMPLICITE DE RESPECTER LE CODE DE DÉONTOLOGIE DES AUTRES PROFESSIONNELS

En réaction à l'introduction des règles sur l'incorporation des professionnels et la pratique multidisciplinaire, les ordres professionnels imposent deux séries d'exigences. D'une part, ils exigent de leurs membres qu'ils continuent à respecter leur code de déontologie et, d'autre part, ils exigent de ces mêmes membres qu'ils s'assurent que les personnes avec lesquelles ils travaillent et la société au sein de laquelle ils exercent respectent également leur code de déontologie.

De façon indirecte, on impose ainsi aux professionnels exerçant au sein d'une société multidisciplinaire l'obligation de respecter (et de faire respecter) les dispositions les plus strictes des divers codes de déontologie des professionnels qui exercent au sein de la même société.

L'analyse exhaustive des aspects déontologiques de la pratique professionnelle au sein d'une SPA dépasse largement le cadre du présent texte. Nous avons toutefois tenté de résumer ci-après les principales dispositions contenues dans les codes de déontologie adoptés ou présentement sous forme de projet.

La responsabilité civile personnelle. Les ordres professionnels ont maintenu en vigueur l'obligation pour le professionnel de ne pas éluder ou

de tenter d'éluder sa responsabilité civile personnelle, peu importe le contexte de sa pratique professionnelle. À cet égard, le *Code des professions* spécifie toutefois à son article 187.17 qu'un professionnel n'est pas personnellement responsable des obligations découlant des actes fautifs ou négligents commis par un autre professionnel exerçant au sein de la même SPA. Le **tableau 6** compare les dispositions des codes de déontologie des ordres étudiés.

Renforcement du principe de la primauté de l'intérêt du client. À cet égard, les avocats portent le fardeau le plus lourd, leur Code de déontologie étant le plus précis sur cette question. À l'opposé, on n'impose pas explicitement aux médecins et aux pharmaciens un tel principe. Quant aux comptables agréés, le respect de l'intérêt du client leur est imposé lorsque survient une situation pouvant entacher leur obligation de loyauté envers le client. Des dispositions semblables se retrouvent dans le Code de déontologie des comptables généraux licenciés. Le **tableau 7** présente cette information.

Le conflit d'intérêts. L'obligation d'éviter toute situation de conflit d'intérêts reste commune à tous les professionnels sous une forme ou sous une autre. Toutefois, parmi les ordres professionnels analysés dans le présent texte, le Barreau du Québec est le seul ordre professionnel ayant adopté des dispositions spécifiques concernant l'évaluation des conflits d'intérêts dans le cadre de la pratique en société. Le **tableau 8** présente cette information.

5.3. LES ACTES DÉROGATOIRES

Ce qui constitue un « acte dérogatoire » varie évidemment d'un ordre professionnel à l'autre, chacun des ordres soumettant ses membres, par le biais de leur code de déontologie respectif, à des dispositions applicables à la pratique en société. Il faut noter que les dispositions qui sont résumées ci-après s'ajoutent aux dispositions contenues au *Code des professions*⁵⁰.

CA, CGA et pharmaciens. D'une part, les sociétés où exercent ces professionnels doivent respecter la législation applicable; d'autre part, ces deux ordres professionnels ont imposé une limite à la liberté contractuelle de leurs membres, en ne leur permettant pas de conclure entre eux toute entente ou convention, y compris une convention unanime des actionnaires, qui a pour effet de mettre en péril l'indépendance, l'objectivité et l'intégrité

⁵⁰ Art. 57 à 59.2.

requis pour l'exercice de la profession ou le respect par les membres de la législation applicable⁵¹.

Les avocats. Les avocats se voient imposer des restrictions moindres. Ils doivent évidemment s'assurer que la société respecte la législation applicable, ils doivent prendre les moyens raisonnables pour faire cesser un acte dérogatoire commis par un autre membre exerçant dans la même société, et ils ne doivent pas permettre qu'une personne radiée ou dont le permis a été révoqué exerce ou détienne un droit de vote dans la société⁵².

Les médecins. Les médecins ne doivent pas collaborer avec des personnes qui exercent la profession illégalement⁵³. Ils doivent également s'assurer du respect de leur code de déontologie par les personnes qu'ils emploient ou qui leur sont associées dans l'exercice de la profession (Notre soulignement)⁵⁴.

CONCLUSION

Un conseiller (juridique, fiscal, comptable ou autre) qui reçoit le mandat de procéder à l'incorporation d'une pratique professionnelle devra procéder avec plus de minutie que pour tout autre type d'entrepreneur ou de propriétaire d'entreprise. En effet, son travail comportera, notamment, les étapes suivantes :

- révision avec ses clients de l'ensemble des avantages et inconvénients, tant légaux que fiscaux, rattachés à l'incorporation de la pratique professionnelle;
- renégociation, s'il y a lieu, de la convention de société en place afin de la remplacer par une convention entre actionnaires;
- établissement d'un échéancier quant à chacune des étapes de l'incorporation, compte tenu des exigences de chacun des ordres

⁵¹ *Code de déontologie des comptables agréés*, art. 15; *Code de déontologie des comptables généraux licenciés*, art. 4.01.05 du projet de modification; et *Code de déontologie des pharmaciens*, art. 4.01.04 du projet de modification.

⁵² *Code de déontologie des avocats*, art. 4.02.02.

⁵³ *Code de déontologie des médecins*, par. 62(3).

⁵⁴ *Code de déontologie des médecins*, art. 8.

professionnels quant à la production de documents et à la transmission d'avis;

- rédaction de l'ensemble de la documentation relative à l'incorporation et à l'organisation de la SPA, compte tenu du règlement et du code de déontologie applicables;
- rédaction, s'il y a lieu, des documents relatifs à la conversion de la SENC en une SPA, en tenant compte encore une fois des termes du règlement applicable.

Enfin, on constate maintenant que l'uniformité entre les règlements de divers ordres professionnels n'est pas au rendez-vous. En conséquence, une recette utilisée à quelques reprises à l'égard de l'incorporation de la pratique de professionnels d'un ordre précis devra, dans tous les cas, être adaptée avant d'être utilisée pour des professionnels d'un autre ordre, en tenant compte des spécificités propres à cet ordre professionnel mais aussi des différences entre les règlements et codes de déontologie applicables.

TABLEAU 1
MENTIONS OBLIGATOIRES DANS LES STATUTS
CONSTITUTIFS

Restrictions dont la mention est obligatoire	Avocats	Comptables agréés		Médecins	Pharmaciens	CGA	
		SPA de CA	Autres SPA			SPA de CGA	Autres SPA
Quant à l'actionnariat (contrôle) et/ou aux qualités requises	OUI art 5.1° et par. 5(4°)	OUI par. 1(1°) et 1(4°)	OUI par. 2(1°)	OUI par. 1(1°) et 1(2°)	OUI par. 4(6°)	OUI par. 1(1°) et 1(4°)	OUI par. 2(1°)
Quant à la composition du conseil d'administration et au quorum aux assemblées	OUI par. 5(2°), 5(3°) et 5(4°)	OUI par. 1(2°) et 1(3°)	OUI par. 2(2°) et 2(3°)	OUI par. 1(3°)	OUI par. 4(4°) (pas de règle quant au quorum)	OUI par. 1(2°) et 1(3°)	OUI par. 2(2°) et 2(3°)
Quant à l'exercice des droits de vote et au vote par procuration	NON	OUI par. 1(6°)	NON	NON	OUI par. 4(7°)	OUI par. 1(6°)	NON
Quant aux qualités requises pour être nommé président du conseil d'administration	NON	OUI par. 1(5°)	NON	NON	NON	OUI par. 1(5°)	NON
En matière de dénomination sociale ou noms d'emprunt	NON	NON	NON	NON	OUI par. 4(2°) et 4(3°)	NON	NON
En matière de délégation de pouvoirs du conseil d'administration	NON	NON	NON	NON	OUI par. 4(5°)	NON	NON
Quant au mode de détention des actions	NON voir toutefois par. 5(1°b)	NON	NON	NON	OUI par. 4(6°)	NON	NON

Les paragraphes cités sont ceux des règlements pertinents à chaque ordre professionnel, sauf indication contraire.

TABLEAU 2
NOMS ET DÉNOMINATIONS SOCIALES

	Avocats	Comptables agréés	Médecins	Pharmaciens	CGA
Expressions et sigles autorisés		« Société de professionnels régie par le <i>Code des professions</i> » Facultatif Art. 16	« Société de professionnels régie par le <i>Code des professions</i> » Facultatif Art. 15	Dénomination sociale composée du nom d'un ou de plusieurs actionnaires précédé du mot « pharmacie », suivi du mot « pharmacien(s) » ou « pharmacienne(s) » Facultatif Art. 4(2°)	Le nom d'une société de comptables généraux licenciés ne comprend que les noms d'un ou de plusieurs comptables généraux licenciés qui exercent ensemble leur profession Art. 7.01 du <i>Code de déontologie des comptables généraux licenciés</i>
Noms d'emprunt permis?	OUI Par. 4(a) de l'Annexe B du règlement	OUI Par. 4(1°)	OUI Art. 2(1°)	OUI Art. 4(3°)	OUI Art. 4 (1 °)
Dénomination sociale numérique permise?	NON Art. 7.01 du <i>Code de déontologie des avocats</i>	NON Art. 75 du <i>Code de déontologie des comptables agréés</i>		NON Art. 4(2°)	

Les articles et paragraphes cités sont ceux des règlements pertinents à chaque ordre professionnel, sauf indication contraire.

TABLEAU 3

ANALYSE COMPARATIVE QUANT À L'ACTIONNARIAT

Avocats	Comptables agréés	Médecins	Pharmaciens	CGA
Plus de 50 % des droits de vote doivent être détenus par des membres du Barreau, des personnes régies par le Code des professions ou des personnes mentionnées à l'Annexe A (cotisants à la Chambre de l'assurance des dommages, cotisants à la Chambre de la sécurité financière, membres en règle d'un barreau constitué hors du Québec, agents de brevet inscrits auprès du Commissaire aux brevets aux termes de la <i>Loi sur les brevets</i>, et membres en règle de l'Institut canadien des actuaires). OU	Pour une SPA qui se présente comme une société de comptable agréés (ou au sein de laquelle un ou des membres offrent des services de certification), plus de 50 % des droits de vote rattachés aux actions doivent être détenus, soit par des membres de l'Ordre ou des membres de l'Institut canadien des comptables agréés, soit par des personnes morales, des fiducies ou toute autre entreprise dont les droits de vote ou parts sociales sont détenus à 100 % par un ou plusieurs membres de l'Ordre ou de l'Institut canadien des comptables agréés. (Par. 1(1))	Plus de 50 % des droits de vote rattachés aux actions doivent être détenus, soit par des médecins soit par une personne morale ou fiducie ou une association dont les droits de vote rattachés aux actions sont détenus à 100 % par un médecin. (Par. 1(1))	Les actions du capital-actions de la société doivent être détenues et être la propriété exclusive de pharmaciens. (Par. 4(6))	Pour une SPA qui se présente exclusivement comme une société de comptables généraux licenciés, plus de 50 % des droits de vote rattachés aux actions de la société doivent être détenus soit par des membres de l'Ordre ou des membres de l'Association des comptables généraux accrédités du Canada exerçant la profession au sein de la société, soit par des personnes morales, des fiducies ou toute autre entreprise dont les droits de vote ou parts sociales sont détenus à 100 % par un ou plusieurs membres de l'Ordre ou des membres de l'Association des comptables généraux accrédités du Canada exerçant leur profession ou sein de la société. (Par. 1(1 °))

TABLEAU 3

ANALYSE COMPARATIVE QUANT À L'ACTIONNARIAT (SUITE)

Avocats	Comptables agréés	Médecins	Pharmaciens	CGA
Par des personnes morales, des fiducies ou toute autre entreprise dont les droits de vote ou parts sociales votantes sont détenus à 100 % par une ou plusieurs personnes mentionnées ci-avant. (Par. 5(1))	Dans le cas d'une société par actions qui ne se présente pas comme une société de comptables agréés, plus de 50 % des droits de vote rattachés aux actions doivent être détenus soit par des personnes régies par le <i>Code des professions</i> , par des courtiers immobiliers, ou agents immobiliers, membres en règle de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, par des courtiers ou conseillers en valeurs mobilières, des planificateurs financiers, des représentants en assurance de personne ou en assurance collective, des agents ou des courtiers en assurance de dommages, ou par des personnes régies	De plus, les seules personnes ou entités outre celles visées ci-avant qui détiennent des actions de la société doivent être des médecins, des professionnels régis par le <i>Code des professions</i> , le conjoint, des parents ou alliés de médecins ou d'un autre professionnel, des personnes morales, fiducies, ou associations dont les droits de vote rattachés aux actions ou aux parts sociales sont détenus à 100% par des personnes visées ci-avant. (Par. 1(2))		Dans le cas d'une société par actions qui ne se présente pas exclusivement comme une société de comptables généraux licenciés, plus de 50 % des droits de vote rattachés aux actions de la société sont détenus soit par des personnes régies par le <i>Code des professions</i> , des membres en règle de l'Association des comptables généraux accrédités du Canada, des membres en règle de l'Association des courtiers et agents immobiliers du Québec, des membres en règle de la Chambre financière, des membres en règle de la Chambre de l'assurance de dommages, des membres en règle de l'Institut canadien des actuaires, des membres en règles du bureau des services financiers, des courtiers ou conseillers en valeurs mobilières, s'ils sont dûment accrédités par une autorité

Avocats	Comptables agréés	Médecins	Pharmaciens	CGA
	par une loi d'une autre province canadienne les reconnaissant ou les assujettissant à des règles similaires ou par des membres en règle de la corporation constituée en vertu de la loi constituant en corporation l'Institut Canadien des actuaires; soit par des personnes morales, des fiducies ou toute autre entreprise dont les droits de vote ou parts sociales sont détenues à 100% par une ou plusieurs personnes visées ci-avant. (Par. 2(1))			compétente, des planificateurs financiers, s'ils sont dûment accrédités par une autorité compétente ou toute personne exerçant une activité similaire à celles mentionnées précédemment régies par une loi d'une autre province canadienne les reconnaissant et les assujettissant à des règles similaires soit par des personnes morales, des fiducies ou toutes autres entreprises dont les droits de vote ou parts sociales sont détenues à 100 % par une ou plusieurs personnes mentionnées précédemment. (Par. 2 (1^o))

Les paragraphes cités sont ceux des règlements pertinents à chaque ordre professionnel, sauf indication contraire.

TABLEAU 4

RESTRICTIONS RELATIVES À LA DÉTENTION D' ACTIONS

	Avocats	Comptables agréés	Médecins	Pharmaciens	CGA
Possibilité d'utiliser une société de gestion	OUI (Art. 5.1°)	OUI (Par. 1(1°) et 2(1°))	OUI (Par. 1(2°))	NON (Par. 4(6°))	OUI (Par. 1(1°) et 2(1°))
Possibilité d'émettre des actions d'investissement à des tiers	OUI (Par. 5(1°))	OUI (Par. 1(1°) et 2(1°))	OUI, à la condition que l'investissement fasse partie de la liste d'actionnaires autorisés par les paragraphes (1) et (2) de l'article 1 du règlement	NON (Par. 4(6°))	OUI (Par. 1(1°) et 2(1°))
Détention par une société de gestion des actions comportant droit de vote	Oui, à la condition que des membres du Barreau, des personnes régies par le <i>Code des professions</i> , ou des personnes visées à l'Annexe A, détiennent 100 % des droits de vote de la société de gestion (Art. 5.1°)	OUI (Par. 1(1°) et 2(1°))	OUI (Par. 1(2°))	NON (Par. 4(6°))	OUI (Par. 1(1°) et 2(1°))
Détention par une société de gestion des actions autres que des actions ayant droit de vote	OUI (Art. 5.1°)	OUI (Par. 1(1°) et 2(1°))	Oui, à la condition que 100 % des actions votantes de la société de gestion soient détenues par des personnes mentionnées	NON (Par. 4(6°))	OUI (Par. 1(1°) et 2(1°))

	Avocats	Comptables agréés	Médecins	Pharmaciens	CGA
			aux paragraphes (1) et (2) de l'article 1 du règlement		
Détention des actions par une fiducie	OUI (Art. 5.1°)	OUI (Par. 1(1°) et 2(1°))	OUI (Par. 1(2°))	NON (Par. 4(6°))	OUI (Par 1(1°) et 2(1°))

Les articles et paragraphes cités sont ceux des règlements pertinents à chaque ordre professionnel, sauf indication contraire.

TABLEAU 5

COMPOSITION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION ET REMARQUES QUANT AUX DIRIGEANTS

Avocats	Comptables agréés	Médecins	Pharmaciens	CGA
Les administrateurs doivent être en majorité des personnes visées au paragraphe 5(1) du règlement (soit les mêmes personnes qui doivent détenir plus de 50 % des droits de vote). (Par. 5(2))	Dans la mesure où il s'agit d'une société par actions qui se présente comme une société de comptables agréés (ou au sein de laquelle un ou des membres offrent des services de certification), les administrateurs doivent être en majorité des membres de l'ordre ou des membres de l'Institut canadien des comptables agréés. (Par. 1(2))	Les administrateurs doivent être en majorité des médecins et en plus ils doivent constituer la majorité du quorum du conseil d'administration. (Par. 1(3))	Tout administrateur, officier ou dirigeant de la société doit être un pharmacien. (Par. 4(4))	Dans la mesure où il s'agit d'une société par actions qui se présente exclusivement comme une société de comptables généraux licenciés, les administrateurs doivent être en majorité des membres de l'ordre ou des membres de l'Association des comptables généraux accrédités du Canada exerçant la profession au sein de la société. (Par. 1(2°))
	Dans la mesure où la société ne se présente pas comme une société de comptable agréés, la majorité des membres du conseil d'administration doit faire partie du groupe de personnes qui doivent détenir			Dans la mesure où la société ne se présente pas exclusivement comme une société de comptables généraux licenciés, la majorité des membres du conseil d'administration doivent faire partie du groupe

Avocats	Comptables agréés	Médecins	Pharmaciens	CGA
	plus de 50 % des actions comportant droit de vote de la SPA. (Par. 2(2))			de personnes qui doivent détenir plus de 50 % des actions comportant droit de vote de la société par actions. (Par. 2(2 ^o))

Les paragraphes cités sont ceux des règlements pertinents à chaque ordre professionnel, sauf indication contraire.



TABLEAU 6
RESPONSABILITÉ CIVILE PERSONNELLE

	Avocats	Comptables agréés	Médecins	Pharmaciens	CGA
Ne pas éluder ou tenter d'éluder sa responsabilité civile personnelle	Art. 3.04.01 Code de déontologie	Art. 21 Code de déontologie	Art. 11 et 71 Code de déontologie	Art. 3.04.01 Projet de modification au code de déontologie	Art. 3.04.01 Projet de modification au code de déontologie
Responsabilité des obligations de la société ou d'un autre professionnel ou du mandataire ou préposé de celui-ci	« Le membre d'un ordre qui exerce ses activités professionnelles au sein d'une société par actions n'est pas personnellement responsable des obligations de la société ou d'un autre professionnel, découlant des fautes ou négligences commises par ce dernier, son préposé ou son mandataire dans l'exercice de leurs activités professionnelles au sein de la société. » Art 187.17 – Code de déontologie				

Les articles cités sont ceux des règlements pertinents à chaque ordre professionnel, sauf indication contraire.

TABLEAU 7
INTÉRÊT DU CLIENT

	Avocats	Comptables agréés	Médecins	Pharmaciens	CGA
Intérêt du client, loyauté, intégrité	L’avocat doit subordonner à l’intérêt du client, son intérêt personnel, celui de la société au sein de laquelle il exerce ses activités professionnelles ou dans laquelle il a un intérêt et celui de toute autre personne exerçant ou non ses activités au sein de cette société. Art. 3.06.05.01 – Code de déontologie	Obligation de ne pas se placer en situation où sa loyauté envers son client ou son employeur peut être entachée. Art. 36.12 – Code de déontologie	Le médecin doit éviter toute situation de conflit d’intérêts, notamment lorsqu’il pourrait être porté à préférer certains intérêts à ceux de son patient. Art. 63 – Code de déontologie. Le médecin doit refuser sa collaboration ou sa participation à tout acte médical qui irait à l’encontre de l’intérêt du patient, eu égard à sa santé. Art. 60 – Code de déontologie.	Le pharmacien doit subordonner son intérêt personnel à celui de son client. Art. 3.05.01 – Code de déontologie	Le membre doit subordonner son intérêt personnel à celui de son client et éviter de se placer en conflit d’intérêts. Art. 3.05.01 et suiv. du Code de déontologie.

Les articles cités sont ceux des codes de déontologie pertinents à chaque ordre professionnel, sauf indication contraire.

TABLEAU 8
CONFLIT D'INTÉRÊTS

Avocats	Comptables agréés	Médecins	Pharmaciens	CGA
Obligation d'éviter toute situation de conflit d'intérêts. Art. 3.06.06 Lorsque l'avocat exerce au sein d'une société, les situations de conflit d'intérêts s'évaluent à l'égard de tous les clients de la société. Art. 3.06.07 Les facteurs dont il faut tenir compte pour décider de toute question relative au conflit d'intérêts restent inchangés : intérêt de la justice, consentement des parties, étendue du préjudice pour les parties, l'écoulement du temps, la bonne foi. Art. 3.06.08	Obligation de ne pas se placer en situation où il y a conflit entre son intérêt personnel ou l'intérêt de la société au sein de laquelle il exerce sa profession et celui de son client ou les clients de la société ou en donne l'apparence. (Voir les articles 36.12 à 36.14.)	Obligation d'éviter toute situation de conflit d'intérêts. Art. 63 Dans le cadre d'une activité de recherche, obligation de divulguer au comité d'éthique tout conflit d'intérêts réel, apparent ou éventuel. Art. 78	Pas de disposition spécifique sur le conflit d'intérêts (voir toutefois les articles 3.05.06 et 3.05.07 sur l'interdiction de recevoir ou offrir des ristournes ou autres avantages).	Le code de déontologie contient diverses dispositions relatives au conflit d'intérêts. Voir en particulier les articles 3.05.01 et suiv.

Les articles cités sont ceux des codes de déontologie pertinents à chaque ordre professionnel, sauf indication contraire.

TABLEAU 9
AVIS DEVANT ÊTRE TRANSMIS À L'ORDRE

Avocats	Comptables agréés	Médecins	Pharmaciens	CGA
Les professionnels doivent envoyer un avis et un engagement écrit au Barreau. Notamment, dans ce document, les membres doivent aviser l'ordre qu'ils exercent leur profession par l'entremise d'une société par actions; ils doivent identifier le nom et les activités professionnelles des personnes qui y exercent leur profession et s'assurer également que les membres prennent connaissance des règlements applicables et qu'ils respectent en tout temps les conditions s'appliquant aux membres du Barreau. (annexe B du <i>Règlement-avocats</i>)	Les documents suivants doivent être transmis à l'ordre : - une confirmation écrite d'une autorité compétente attestant que la société fait l'objet d'une garantie conforme à la section 2; - une confirmation écrite d'une autorité compétente attestant l'existence de la société; - une confirmation écrite attestant que la société est dûment immatriculée au Québec; - une confirmation écrite attestant qu'un établissement au Québec; - une confirmation écrite d'autorisation écrite et irrévocable de la société d'exiger de toute personne la communication et l'obtention du document mentionné à l'article 15. Également, on doit fournir le nom de tous les actionnaires, leur profession, la forme juridique de la société, l'adresse du siège de la société, le nom et l'adresse résidentielle et professionnelle de tous les membres, le nombre des actionnaires et le pourcentage des droits de vote qu'ils détiennent. (art. 3 et 4)	Une déclaration contenant les renseignements suivants doit être fournie à l'ordre : - le nom, la dénomination sociale ainsi que les autres noms utilisés au Québec au sein de la société ou les sociétés au sein desquelles le membre exerce sa profession et le matricule que leur aura décerné l'autorité compétente; - la forme juridique de la société; - son statut au sein de la société; - la nature des activités qui s'exercent au sein de la société; - une copie de l'autorisation écrite et irrévocable de la société donnant le droit aux personnes, comités et tribunaux visés à l'article 192 du <i>Code des professions</i> d'exiger de toute personne qui en a la garde la communication et l'obtention du document mentionné à l'article 14; - une confirmation écrite d'une autorité compétente attestant que le médecin détient pour la société une garantie conforme à la section III. (art. 2)	Un préavis écrit d'au moins 30 jours donné à l'ordre, au moyen d'une déclaration sous serment, laquelle devant contenir les renseignements suivants : - la dénomination sociale de la société et son matricule; - la forme juridique de la société; - l'adresse du siège social de la société et de ses établissements au Québec; - la liste des actionnaires, administrateurs et dirigeants de la société; - la désignation parmi les actionnaires d'un répondant mandaté pour répondre aux demandes formulées par le secrétaire de l'ordre; - la confirmation du répondant à l'effet qu'il accepte le mandat; - la confirmation des actionnaires et administrateurs que les documents joints à la déclaration sous serment sont conformes aux originaux en leur possession et que la détention des actions émises et en circulation respecte les conditions prévues au règlement (art. 6).	Les documents suivants doivent être transmis à l'ordre - une confirmation écrite d'une autorité compétente attestant que la société fait l'objet d'une garantie conforme à la section II; - une confirmation écrite d'une autorité compétente attestant l'existence de la société; - une confirmation écrite attestant que la société est dûment immatriculée au Québec; - une confirmation écrite attestant que la société maintient un établissement au Québec; - un engagement écrit irrévocable de la société envers l'ordre de mettre à sa disposition tout document mentionné à l'article 15 ainsi que de fournir toutes les informations ou documents requis dans le cadre d'une inspection professionnelle ou d'une enquête de l'ordre. Le membre doit aussi transmettre une déclaration sous serment contenant les renseignements suivants : - nom ou dénomination sociale de la société; - forme juridique de la société; adresse du siège social de la société et de ses établissements au Québec; activités professionnelles exercées par le membre au sein de la société; nom, adresse résidentielle et professionnelle du membre et son statut au sein de la société; - nom et adresse résidentielle des administrateurs de la société; nom des actionnaires et pourcentage de vote qu'ils détiennent. (art. 3 et 4)

Les articles cités sont ceux des règlements pertinents à chaque ordre professionnel, sauf indication contraire.

TABLEAU 10

AVIS DEVANT ÊTRE TRANSMIS AUX CLIENTS

Avocats	Comptables agréés	Médecins	Pharmaciens	CGA
Un avis doit être publié dans un journal circulant dans la localité où la société tient une place d'affaires (Art. 9).	Un avis doit être transmis aux clients à la date de la constitution, informant les clients de la nature et des effets de la modification du statut de la société, notamment quant à sa responsabilité professionnelle et à celle de la société (Art. 14).	Aucune disposition.	Le pharmacien doit aviser ses clients à la date de constitution de la société par actions des conséquences de la nature de la société quant à la responsabilité professionnelle du pharmacien. À cette fin, le pharmacien doit afficher à l'intérieur de la pharmacie à l'avis du public un avis qui contient les renseignements visés ci-avant, et ce, pendant une période d'au moins 90 jours suivant la date de la constitution de la société par actions (Art. 12).	Un avis doit être transmis aux clients à la date de constitution de la société, les informant de la nature et des effets de la modification du statut de la société, notamment quant à la responsabilité professionnelle du membre et celle de la société. (Art. 14)

Les articles cités sont ceux des règlements pertinents à chaque ordre professionnel, sauf indication contraire.

JURISPRUDENCE RÉCENTE



Coordonnateur
Jacques Côté
Avocat
Ogilvy Renault



Bernard Gaudreau
Avocat, M. Fisc.
Ogilvy Renault



Dominic C. Belley
Avocat
Fraser Milner Casgrain s.r.l.



Louis-Frédéric Côté
Avocat, LL. M. (L.S.E.)
Mendelsohn

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (JACQUES CÔTÉ ET BERNARD GAUDREAU)

1.	<i>LES CONSTRUCTIONS BEAUCE-ATLAS C. SMRQ</i>	31:7
1.1.	LES FAITS	31:7
1.2.	LA QUESTION EN LITIGE.....	31:7
1.3.	LA DÉCISION DE LA COUR DU QUÉBEC.....	31:8
1.4.	L'ANALYSE DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC	31:8
2.	<i>CIT FINANCIAL LTD. C. LA REINE</i>	31:8
2.1.	LES FAITS	31:8
2.2.	LA QUESTION EN LITIGE.....	31:10
2.3.	LE JUGEMENT DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT.....	31:10
2.4.	L'ANALYSE DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE.....	31:11
3.	<i>729658 ALBERTA LTD. C. LA REINE : DÉTERMINATION DU REVENU PROTÉGÉ</i>	31:12
3.1.	LES FAITS	31:12
3.2.	LA QUESTION EN LITIGE.....	31:15
3.3.	L'ANALYSE DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT	31:15
4.	<i>HEWLETT PACKARD (CANADA) LTD. C. LA REINE : DPA À L'ÉGARD D'UNE FLOTTE DE VÉHICULES</i>	31:16
4.1.	LES FAITS	31:16
4.2.	LA QUESTION EN LITIGE.....	31:17
4.3.	LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT	31:17
4.4.	L'ANALYSE DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE.....	31:18
5.	<i>LES PLASTIQUES ALGAR (CANADA) LTÉE C. MRN</i>	31:18
5.1.	LES FAITS	31:19
5.2.	LA QUESTION EN LITIGE.....	31:19
5.3.	LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE	31:19
5.4.	L'ANALYSE DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE.....	31:20
6.	<i>JEAN-PIERRE CHENEL C. SMRQ : DÉTERMINATION DU REVENU D'UN CONTRIBUABLE PAR LA MÉTHODE D'UN AVOIR NET COMBINÉ</i>	31:22
6.1.	LES FAITS	31:22
6.2.	LA QUESTION EN LITIGE.....	31:22
6.3.	LA DÉCISION DE LA COUR DU QUÉBEC.....	31:22

7.	<i>RICHARD MOUFARRÈGE C. SMRQ</i>	31:23
7.1.	LES FAITS	31:24
7.2.	LA QUESTION EN LITIGE.....	31:25
7.3.	LA DÉCISION DE LA COUR DU QUÉBEC.....	31:25
7.4.	L'ANALYSE DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC	31:25
8.	<i>BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE C. THIBAUT</i>	31:26
8.1.	LES FAITS	31:27
8.2.	LA QUESTION EN LITIGE.....	31:28
8.3.	LE JUGEMENT DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA.....	31:28
8.3.1.	Le Régime se qualifie-t-il comme une rente?	31:29
8.3.2.	Le Régime se qualifie-t-il comme une fiducie?	31:30
9.	<i>LA REINE C. CANADIAN UTILITIES LTD. ET CANUTILITIES HOLDINGS LTD.</i>	31:31
9.1.	LES FAITS	31:31
9.2.	LES QUESTIONS EN LITIGE	31:33
9.3.	LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT	31:34
9.4.	LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE	31:34
10.	<i>PAUL MARTINEAU C. SMRQ</i>	31:37
10.1.	LES FAITS	31:37
10.2.	LA QUESTION EN LITIGE.....	31:38
10.3.	LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC	31:39

PARTIE B (DOMINIC C. BELLEY)

1.	RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS	31:41
1.1.	<i>HAY C. LA REINE</i>	31:41
1.2.	<i>DYPEDE C. LA REINE</i>	31:42
1.3.	<i>TAILLEFER C. LA REINE</i>	31:43
1.4.	<i>SAMSON C. SMRQ</i>	31:44
1.5.	<i>GORDON MURRAY MCKINNON C. LA REINE</i>	31:45
2.	PROROGATION DE DÉLAI	31:47
2.1.	<i>RUEL C. LA REINE</i>	31:47
2.2.	<i>AIR LIQUIDE CANADA INC. C. LA REINE</i>	31:48
2.3.	<i>CHARBONNEAU C. SMRQ</i>	31:49
2.4.	<i>DI LULLO C. SMRQ</i>	31:50
2.5.	<i>2950-5914 QUÉBEC INC. C. SMRQ</i>	31:51

3.	RECouvreMENT	31:52
3.1.	<i>ROY C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)</i>	31:52
3.2.	<i>SMRQ C. CONSTRUCTION G. GRANDMAISON INC.</i>	31:53
3.3.	<i>SMRQ C. ALEPIN</i>	31:55
4.	PÉNALITÉS	31:57
4.1.	<i>DESJARDINS C. SMRQ</i>	31:57
5.	TAXE SUR LES CARBURANTS	31:58
5.1.	<i>SMRQ C. PRODUITS SHELL CANADA LTÉE</i>	31:58
6.	PROCÉDURE	31:60
6.1.	<i>RISPOLI C. SMRQ</i>	31:60
6.2.	<i>DURAND C. SMRQ</i>	31:61
6.3.	<i>LEMIEUX C. SMRQ</i>	31:63

PARTIE C (LOUIS-FRÉDÉRIK CÔTÉ)

1.	<i>LES VOITURES ORLY INC. C. LA REINE</i>	31:65
2.	<i>LA CORPORATION DE L'ÉCOLE POLYTECHNIQUE C. LA REINE</i>	31:66
3.	<i>COUPE DE VÊTEMENTS ZUREK INC. ET JEAN ZUREK C. LA REINE</i>	31:68

PARTIE A

Jacques Côté, avocat
Ogilvy Renault

Bernard Gaudreau, avocat, M. Fisc.
Ogilvy Renault

1. LES CONSTRUCTIONS BEAUCE-ATLAS C. SMRQ¹

Cette affaire traite du droit pour une grande entreprise de recevoir un remboursement sur taxe sur les intrants (ci-après « RTI ») concernant l'achat d'électricité.

1.1. LES FAITS

Au cours des années 1995 à 1999, Contructions Beauce-Atlas a fabriqué des poutrelles d'acier destinées à servir de structure dans des immeubles.

Une fois la fabrication des poutrelles complétée, Contructions Beauce-Atlas installait elle-même les poutrelles d'acier dans les immeubles en construction.

La fabrication des poutrelles d'acier nécessitait bien entendu l'utilisation d'électricité. Dans le cadre du calcul de sa taxe nette, Contructions Beauce-Atlas a réclamé et obtenu un RTI relativement à la taxe payée sur l'électricité consommée afin de fabriquer lesdites poutrelles.

Revenu Québec a refusé les RTI concernant l'achat d'électricité au motif que les biens fabriqués par Contructions Beauce-Atlas n'étaient pas des biens mobiliers destinés à la vente au sens de la *Loi concernant l'impôt sur la vente en détail*².

1.2. LA QUESTION EN LITIGE

Il s'agissait de savoir si les poutrelles d'acier fabriquées par Contructions Beauce-Atlas étaient des biens mobiliers destinés à la vente.

¹ D.F.Q.E. 2004F-40 (ci-après « *Beauce-Atlas* »).

² L.R.Q., c. I-1 et mod.

1.3. LA DÉCISION DE LA COUR DU QUÉBEC

La Cour du Québec détermina que les poutrelles d'acier produites par Contructions Beauce-Atlas perdaient leur mobilité en étant incorporées à un immeuble. Conséquemment, il ne s'agissait pas de biens mobiliers destinés à la vente.

1.4. L'ANALYSE DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

D'entrée de jeu, la Cour affirma que les poutrelles d'acier produites par Contructions Beauce-Atlas étaient des biens mobiliers destinés à la vente.

En effet, pour la Cour, le fait que les poutrelles soient devenues immeubles de par leur incorporation à un immeuble ne change en rien le fait qu'à l'origine, lesdites poutrelles constituaient des biens mobiliers.

Conséquemment, Contructions Beauce-Atlas avait droit au remboursement de la taxe qu'elle avait payée concernant l'électricité consommée dans le cadre de la fabrication des poutrelles d'acier.

Une permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada fut déposée par le sous-ministre du Revenu. Sa demande fut rejetée.

2. CIT FINANCIAL LTD. c. LA REINE³

Au cours des dernières années, de nombreuses transactions commerciales furent conclues sous la forme d'un *sale-leaseback*. De façon sommaire, dans ce genre de transaction commerciale, le vendeur initial du bien se retrouve, à la suite d'une série de transactions, locataire du bien vendu.

2.1. LES FAITS

À la suite d'une série de transactions, Commcorp Financial Services Inc. (société qui forma la société CIT Financial Ltd. (ci-après « CIT ») à la suite d'une fusion avec plusieurs autres compagnies) s'est portée acquéreur d'un logiciel qu'elle a loué à la société qui l'avait développé, BHP New Zealand Steel Ltd. (ci-après « BHP »).

³ [2004] C.A.F. 201 (ci-après « *CIT Financial* »).

CIT réclama une déduction pour amortissement (ci-après « DPA ») concernant ce bien.

L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») détermina que cette série de transactions était assujettie à la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ ») de telle sorte que la DPA réclamée par CIT fut refusée.

Sans décrire en détail la série de transactions ayant amené l'ARC à refuser la DPA réclamée, nous vous exposons brièvement la façon dont cette transaction s'est réalisée :

- i) BHP, manufacturier d'acier résidant en Nouvelle-Zélande, avait développé et utilisait un logiciel dans le cadre de ses opérations de production.
- ii) MACC and Partners Australia Ltd. transmit à CIT une évaluation concernant la valeur du logiciel utilisé par BHP. Cette évaluation estimait la valeur dudit logiciel à 33 091 255 \$.
- iii) BHP vendit le logiciel à la société Macquarie Leasing Ltd. (ci-après « Macquarie ») pour 33 091 255 \$. Macquarie délivra un billet promissoire en faveur de BHP en contrepartie du logiciel.
- iv) Macquarie revendit le logiciel à la société 1004583 Ontario Ltd. pour 33 091 255 \$. 1004583 Ontario Ltd. délivra en faveur de Macquarie un billet promissoire.
- v) 1004583 Ontario Ltd. loua et accorda une licence pour l'utilisation du logiciel à la société Eagle Financial and Leasing Services Ltd. (ci-après « Eagle »), une filiale de la Barclays Bank PLC (ci-après « Barclays »).
- vi) CIT emprunta 27 770 896,80 \$ de Barclays pour acquitter une partie du prix d'achat du logiciel. Le solde du prix d'achat provenait de sources internes.
- vii) Eagle et Macquarie conclurent une entente de sous-location selon laquelle Eagle sous-louait le logiciel et la licence d'utilisation à Macquarie. Cette entente empruntait substantiellement la même forme que celle intervenue entre 1004583 Ontario Ltd. et Eagle, à l'unique différence que Macquarie devait payer, à la signature de ladite entente, la totalité du coût afférent à la location.

- viii) Macquarie et BHP ont, par la suite, conclu une entente selon laquelle Macquarie sous-louait le logiciel et la licence d'utilisation à BHP. Encore une fois, cette entente était substantiellement de la même nature que celle intervenue entre 1004583 Ontario Ltd. et Eagle, à l'exception que Macquarie avait l'obligation d'accepter, sur demande de BHP, le prépaiement du coût rattaché à la sous-location, soit 31 933 061 \$.
- ix) Le 5 avril 1994, 1004583 Ontario Ltd. vendit le logiciel à CIT pour 33 091 255 \$.
- x) Par la suite, diverses ententes sont intervenues entre les parties désignées ci-dessus, telles des conventions d'entiercement, des ententes de paiement, etc.

À l'audition, l'ARC a soutenu que l'acquisition du logiciel par CIT s'inscrivait dans une série de transactions assujetties à la RGAÉ et partant, CIT n'avait droit à aucune DPA relativement au logiciel. Subsidiairement, l'ARC a soutenu que, dans l'éventualité où la RGAÉ ne s'appliquerait pas, la DPA à laquelle CIT aurait droit devait être calculée en fonction d'une valeur marchande correspondant à 13 100 000 \$ et non à 33 091 255 \$.

2.2. LA QUESTION EN LITIGE

La question en litige dans cette affaire consistait d'une part, à déterminer si la RGAÉ s'appliquait et d'autre part, à déterminer la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») du logiciel acquis par l'appelante.

2.3. LE JUGEMENT DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

Concernant l'application de l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴, la Cour conclut que cette disposition en est une de dernier ressort et qu'il est inutile de l'invoquer lorsqu'une disposition spécifique de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet de trancher le litige.

La Cour s'exprima comme suit :

« If one applies GAAR and bases the claim for CCA on the fmv of the software or if one applies section 69 and bases the claim for CCA on the fmv precisely the same result is achieved. If the same result can be achieved without section 245 as with it obviously, as a provision of last resort, section 245 need not be

⁴ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

resorted to and it has therefore no application. There is no need to invoke a general anti-avoidance provision to do what a specific provision can do simply and efficiently⁵. »

Devant la Cour canadienne de l'impôt, l'appelante a prétendu que la JVM du logiciel qu'elle avait acquis était de 33 M\$.

Pour soutenir ses prétentions, l'appelante produisit deux rapports d'expert.

Le premier expert déterminait la JVM du logiciel en utilisant la valeur de remplacement tandis que le deuxième établissait la JVM du logiciel en se référant aux montants que l'appelante recevait pour la location de son logiciel. Les deux experts ont établi la JVM du logiciel à 33 M\$.

La Cour canadienne de l'impôt rejeta les conclusions des deux experts. Concernant la méthodologie utilisée par le premier expert, bien que la Cour ait été d'accord que la valeur de remplacement constituait une méthode appropriée pour établir la JVM du logiciel, elle fut en désaccord avec les conclusions de celui-ci et considéra que son rapport renfermait plusieurs erreurs.

S'appuyant sur le fait que le coût assumé par BHP concernant la conception et le développement du logiciel était de 7 405 823 \$ et utilisant la méthode de la valeur de remplacement, la Cour conclut que la JVM du logiciel était de 13 100 000 \$.

Quant aux conclusions du deuxième expert, la Cour conclut que les paiements locatifs ne reflétaient pas la JVM du logiciel. En effet, considérant que lesdits paiements s'inscrivaient dans le cadre d'une série de transactions que l'on peut qualifier de circulaires, la JVM établie dans le rapport en était surévaluée.

2.4. L'ANALYSE DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Devant la Cour d'appel fédérale, l'appelante argumenta que la Cour canadienne de l'impôt devait, dans le cadre de l'établissement de la JVM du logiciel, considérer le fait que le logiciel était loué. Conséquemment, l'appelante argumenta que la JVM du logiciel devait correspondre au revenu généré par ladite location, soit 33 M\$.

⁵ 2003 D.T.C. 1138 (C.C.I.), par. 74.

La Cour d'appel fédérale conclut que le juge de première instance n'avait pas erré en droit lorsqu'il affirma que le revenu généré par la location du logiciel n'établissait pas la JVM du logiciel.

En effet, la Cour d'appel fédérale établit que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur, considérant que la *Loi de l'impôt sur le revenu* exige la détermination de la JVM du bien, en l'espèce le logiciel, et non celle du bail.

Le juge Sexton affirma ceci :

« First, the Tax Court Judge was clearly aware of the fact that the software was subject to the lease at the time that Commcorp acquired it, and that the lease was legally effective transaction and not a sham. Nevertheless, the Tax Court Judge determined that the Ita required him to determine the fair market value of the software and not the lease⁶. »

La Cour d'appel fédérale rappela, d'une part, que la détermination de la JVM d'un bien est une question factuelle et non de droit et, d'autre part, que le juge de première instance était pleinement habilité à déterminer la JVM d'un bien.

La Cour conclut que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur justifiant l'intervention de la Cour d'appel fédérale et rejeta l'appel déposé par la contribuable.

3. 729658 ALBERTA LTD. C. LA REINE : DÉTERMINATION DU REVENU PROTÉGÉ⁷

Cette affaire a trait à la détermination du revenu protégé afférent à des actions détenues par deux particuliers dans une société privée sous contrôle canadien à la suite du roulement desdites actions à deux compagnies de gestion détenues par chacun des actionnaires.

3.1. LES FAITS

Dans cette affaire, les faits n'étaient pas contestés et peuvent se résumer ainsi.

⁶ *CIT Financial*, précité, note 3, par. 12.

⁷ 2004 D.T.C. 2909 (C.C.I.) (ci-après « *Alberta* »).

MM. Nickerson et Lauterstein sont deux personnes non liées. Ils détenaient respectivement 50 % des actions de la société Comcare Ltd. (ci-après « Comcare »).

Les attributs fiscaux afférents aux actions détenues par M. Nickerson et M. Lauterstein étaient les suivants :

Actions détenues par M. Lauterstein	
PBR	37 600 \$
JVM	12 429 037 \$
Revenu protégé	1 932 802 \$

Actions détenues par M. Nickerson	
PBR	37 600 \$
JVM	12 429 037 \$
Revenu protégé	1 834 065 \$

Préalablement à la vente de leurs actions, MM. Nickerson et Lauterstein ont roulé les actions qu'ils détenaient dans Comcare à leur compagnie de gestion⁸. À titre de contrepartie, leur compagnie de gestion leur a émis 2 035 702 actions ordinaires et un billet promissaire d'une valeur de 10 393 335 \$.

⁸ La compagnie de gestion de M. Nickerson est désignée sous la dénomination sociale 729656 Alberta Ltd. La compagnie de gestion de M. Lauterstein est désignée sous la dénomination sociale 729658 Alberta Ltd.

La somme convenue par MM. Nickerson et Lauterstein dans le cadre du roulement de leurs actions fut de 10 393 335 \$. Les transactions énumérées ci-dessus entraînèrent la réalisation pour MM. Lauterstein et Nickerson d'un dividende réputé de 10 355 735 \$ et le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») afférent aux actions détenues par leur compagnie de gestion dans Comcare fut de 10 393 335 \$. Quant au PBR rattaché aux 2 035 702 actions détenues par MM. Nickerson et Lauterstein dans leur compagnie de gestion, celui-ci était de 0 \$.

Comcare a versé respectivement à chacune des compagnies de gestion une série de dividendes totalisant 2 035 072 \$. Dans les faits, les dividendes versés étaient des dividendes en actions et lesdites actions furent rachetées rapidement après leur émission.

Le 28 mai 1997, les deux compagnies de gestion ont vendu leurs actions détenues dans la société Comcare pour 10 393 335 \$, soit pour un montant correspondant au PBR rattaché auxdites actions.

L'acheteur, 3358755 Canada Ltd., était une société ayant un lien de dépendance avec MM. Nickerson et Lauterstein.

Dans le cadre de leurs déclarations de revenus, MM. Nickerson et Lauterstein ont déclaré respectivement un revenu à titre de dividende de l'ordre de 10 393 335 \$.

Dans le cadre de leurs déclarations de revenus respectives, les compagnies de gestion ont traité le dividende reçu de Comcare comme étant non imposable et n'ont déclaré la réalisation d'aucun gain en capital se rattachant à la vente de leurs actions.

L'ARC a cotisé les deux compagnies de gestion en vertu du paragraphe 55(2) L.I.R., en caractérisant une partie du dividende reçu comme étant un produit de disposition, entraînant donc la réalisation d'un gain en capital pour lesdites compagnies de gestion.

L'ARC était d'opinion que le revenu protégé afférent aux actions détenues par les particuliers aurait dû être proraté lorsque les actions furent transférées à leur compagnie de gestion. En effet, considérant que seulement une partie du gain accumulé sur les actions fut transférée aux compagnies de gestion, l'ARC était d'avis que les compagnies de gestion ne pouvaient bénéficier que d'une partie du revenu protégé.

3.2. LA QUESTION EN LITIGE

La question en litige telle qu'établie par la Cour était la suivante :

« The specific issue in these appeal is how safe income should be determined if dividends are received by a corporation on shares that were acquired on a partial rollover under subsection 85(1) of the Act⁹. »

3.3. L'ANALYSE DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

D'emblée, la Cour affirma que la solution découlerait de la signification des termes *reasonably be attributable* :

« These appeals concern how an accrued gain should be apportioned between "income earned or realized" and "unrealized appreciation in the value of underlying assets"¹⁰. »

La Cour conclut que l'interprétation de l'expression *reasonably be attributable* ne pouvait laisser entendre que le gain accumulé était susceptible d'être réparti entre le revenu gagné ou réalisé et la plus-value latente des actifs.

La Cour rappela que le gain accumulé devait d'abord être attribué au revenu gagné ou réalisé et, dans le cas où les dividendes excéderaient ce montant, le gain accumulé serait attribué à titre de plus-value des actifs.

La Cour conclut que la planification mise de l'avant pour les contribuables ne constituait pas une violation du paragraphe 55(2) L.I.R. et que conséquemment, les sociétés de gestion des deux contribuables n'avaient réalisé aucun gain en capital à la suite de la vente de leurs actions.

En effet, la Cour conclut qu'aucun impôt n'avait été éludé et que les dividendes reçus par les sociétés de gestion n'étaient pas visés par la RGAÉ. Qui plus est, la Cour conclut que la position de la Couronne selon laquelle le revenu protégé devait être réparti ne pouvait être soutenue en vertu de l'objet et de l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

⁹ *Alberta*, précité, note 7, par. 2.

¹⁰ *Id.*, par. 17.

4. HEWLETT PACKARD (CANADA) LTD. C. LA REINE : DPA À L'ÉGARD D'UNE FLOTTE DE VÉHICULES¹¹

Comme il est d'usage pour de nombreuses entreprises, la société Hewlett Packard (Canada) Ltd. (ci-après « HP ») met à la disposition de ses employés des véhicules automobiles devant être utilisés dans le cadre de leur emploi.

4.1. LES FAITS

Au cours des années 1995, 1996 et 1997, HP a fourni à ses employés un véhicule automobile.

En vertu de la politique de l'entreprise, HP renouvelait sa flotte de véhicules, soit environ 750, tous les ans de sorte que les employés disposaient toujours d'un véhicule neuf.

Le renouvellement de la flotte de véhicules s'effectuait toujours au cours du mois d'octobre puisque l'exercice financier de HP se terminait le 31 octobre.

Le processus d'échange des véhicules était initié et complété au cours du mois d'octobre, de telle sorte que les employés commençaient à utiliser leur nouveau véhicule avant le début du nouvel exercice financier de HP.

Toutefois, les parties avaient convenu que l'enregistrement du changement de propriété devait se produire après le 31 octobre de chaque année.

Ford prenait possession de la majorité des véhicules donnés en échange dans les jours précédant le 31 octobre de chaque année.

Dans le cadre de ses déclarations de revenus pour les années 1995, 1996 et 1997, HP adopta comme position que la disposition de son ancienne flotte de véhicules s'était effectuée en novembre, soit après la fin de son exercice financier, de telle sorte que la contribuable réclama la DPA en fonction de la fraction non amortie du coût en capital des deux flottes de véhicules, considérant qu'elle était propriétaire des deux flottes.

¹¹ [2004] C.A.F. 36 (ci-après « *Hewlett Packard* »).

L'ARC refusa la DPA réclamée par HP afférente à l'ancienne flotte de véhicules au motif que la procédure d'échange des véhicules entraînait une modification de l'utilisation de l'ancienne flotte avant la fin de l'exercice financier de HP, entraînant donc la disposition présumée des véhicules constituant l'ancienne flotte en vertu de l'alinéa 13(7)a L.I.R.

La Cour canadienne de l'impôt confirma, bien qu'en vertu de motifs différents, les avis de nouvelles cotisations émis par l'ARC.

4.2. LA QUESTION EN LITIGE

La question en litige dans cette affaire consistait à déterminer si HP avait disposé de son ancienne flotte de véhicules avant la fin de son exercice financier.

4.3. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

Le juge de la Cour canadienne de l'impôt conclut que l'ancienne flotte de véhicules n'avait pas fait l'objet d'un changement d'usage, et ce, considérant qu'il n'avait pas été démontré que les véhicules avaient été utilisés dans un autre but. De plus, la Cour conclut que l'ancienne flotte était demeurée la propriété de HP jusqu'au 31 octobre.

En effet, bien que Ford prenait possession des véhicules avant le 31 octobre, lesdits véhicules ne faisaient pas partie de l'inventaire de Ford avant le 1^{er} novembre.

Toutefois, s'appuyant sur le paragraphe 13(21) L.I.R., le juge de la Cour canadienne de l'impôt conclut qu'une disposition de biens avait eu lieu aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* puisque la transaction accordait à HP le droit au produit de disposition.

Le juge de la Cour s'exprima ainsi :

« The effect of the Act, in my view, is that a disposition occurs at the earlier of when determined pursuant to settled commercial law principles and when there an absolute enforceable entitlement to be paid [...] ¹². »

En l'espèce, le juge de la Cour canadienne de l'impôt conclut que HP, bien que demeurant propriétaire de l'ancienne flotte de véhicules, avait

¹² 2003 D.T.C. 1324 (C.C.I.).

disposé de son ancienne flotte de véhicules avant la fin de chacune des années d'imposition en litige.

4.4. L'ANALYSE DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La Cour d'appel fédérale confirma les conclusions du juge de première instance concernant le fait que l'ancienne flotte de véhicules n'avait pas fait l'objet d'un changement d'usage en faisant siennes les conclusions du juge de première instance.

La Cour s'exprima ainsi :

« I agree with the reasoning of the Tax Court Judge. It seems clear that a change of use pursuant to paragraph 13(7)a requires that the asset in issue be used "for some other purpose", and no such other purpose was evidenced in this case¹³. »

Quant à la conclusion du juge de première instance selon laquelle il y avait une disposition de l'ancienne flotte de véhicules aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la Cour d'appel fédérale exprima son désaccord de la façon suivante :

« I have difficulty conceiving how, on the facts of this case, HP can be said to have an absolute right to be paid on October 31 of each year, if ownership of the old fleet remained in the hands of HP at that time¹⁴. »

En l'espèce, considérant qu'aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, pour qu'une transaction ou une opération entraîne une disposition de biens, il doit y avoir obligatoirement un changement sur le plan de la propriété effective du bien, la Cour conclut que l'ancienne flotte de véhicules de HP n'avait pas fait l'objet d'une disposition de biens aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

5. LES PLASTIQUES ALGAR (CANADA) LTÉE C. MRN¹⁵

Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale reconnaît aux sociétés la protection constitutionnelle contre les fouilles et les saisies abusives édictée à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁶.

¹³ *Hewlett Packard*, précité, note 11, par. 28.

¹⁴ *Id.*, par. 46.

¹⁵ [2004] C.A.F. 152 (ci-après « *Algar* »).

¹⁶ Partie I de la loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la loi de 1982 sur le Canada, L.R.C. (1985), app. II, n° 44 (ci-après « *Charte canadienne* »).

5.1. LES FAITS

Le 12 janvier 2001, l'ARC faisait parvenir à l'appelante ainsi qu'à deux autres sociétés et deux individus une demande péremptoire en vertu du paragraphe 231.2(1) L.I.R. par laquelle l'ARC requérait de l'information concernant des donations effectuées au profit de six organismes de charité entre les années 1994 et 1998.

Plus précisément, l'ARC a exigé que l'appelante lui transmette certains chèques annulés, des états bancaires, les reçus délivrés par les organismes de charité à qui elle a effectué des dons, son grand livre, certaines écritures de régularisation et son journal de caisse.

Enfin, la lettre transmise à l'appelante l'informait qu'à défaut de fournir les documents exigés, l'ARC imposerait les pénalités prévues aux paragraphes 238(1) et 238(2) L.I.R.

Par ailleurs, au moment où l'ARC faisait parvenir à l'appelante sa demande péremptoire, l'ARC menait une enquête criminelle vis-à-vis deux organismes de charité ayant bénéficié des dons de l'appelante.

L'appelante ne fit parvenir aucun document à l'ARC et contesta la demande de celle-ci au motif que cette demande constituait une violation de ses droits constitutionnels.

5.2. LA QUESTION EN LITIGE

Dans cette affaire, la Cour devait déterminer si, compte tenu des circonstances, la vérification menée par l'ARC s'était transformée en enquête criminelle au moment où l'ARC fit parvenir sa demande de production de documents basée sur le paragraphe 231.2(1) L.I.R. Si la Cour concluait que oui, les demandes de production de documents transmis par l'ARC en vertu du paragraphe 231.2(1) L.I.R. contrevenaient-elles aux droits constitutionnels des deux individus et des sociétés?

5.3. LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

La Cour fédérale conclut que les demandes péremptoires transmises par l'ARC l'avaient été dans le contexte d'une enquête criminelle et visaient à recueillir des preuves en vue de poursuites éventuelles.

Conséquemment, la Cour fédérale accueillit les demandes de contrôle judiciaire déposées par les deux particuliers mais rejeta celles déposées par

les sociétés au motif que les articles 7 et 8 de la *Charte canadienne* ne peuvent être invoqués par les personnes morales.

L'appelante et les deux autres sociétés ont porté en appel la décision rendue par la Cour fédérale.

5.4. L'ANALYSE DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

D'emblée, la Cour exprima son désaccord avec la position de l'ARC selon laquelle la contribuable devait, dans un premier temps, obtempérer à la demande de l'ARC et s'opposer, dans un deuxième temps, à l'admissibilité en preuve des documents transmis.

La Cour s'exprima ainsi :

« I do not accept the respondent's contention that the appellants should comply with the requirements and, as it was done in *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757, later oppose the admissibility into evidence of the information thus provided. In *Jarvis*, the documents had already been obtained and the only option left to the accused in his criminal trial for tax evasion was to object to their admissibility. The respondent's contention means that a taxpayer would be prohibited from asserting preventively his Charter right to protection against unreasonable searches and seizures and from impeding its imminent violation. He would only be entitled to apply for a discretionary remedy under section 24 (2) of the Charter. This would seriously undermine the beneficial and protective effect of the Charter¹⁷. »

Référant à l'arrêt *La Reine c. Jarvis*¹⁸, la Cour conclut que l'ARC ne peut exiger d'un contribuable des documents en vertu de l'article 231.2 L.I.R. lorsqu'une enquête criminelle est en cours.

Dans l'arrêt *Jarvis*, la Cour suprême du Canada s'est exprimée comme suit :

« In our view, where the predominant purpose of a particular inquiry is the determination of penal liability, CCRA officials must relinquish the authority to use the inspection and requirement powers under ss. 231.1(1) and 231.2(1) [...]

Put another way, the requirement powers of ss. 231.1(1) and 231.2(1) cannot be used to compel oral statements or written production for the purpose of advancing the criminal investigation [...]

¹⁷ *Algar*, précité, note 15, par. 3.

¹⁸ [2002] 3 R.C.S. 757 (ci-après « *Jarvis* »).

In summary, wherever the predominant purpose of an inquiry or question is the determination of penal liability, criminal investigatory techniques must be used. As a corollary, all Charter protections that are relevant in the criminal context must apply¹⁹. »

La Cour rappela que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Jarvis*, a conclu que l'article 231.2 L.I.R. n'établissait aucune distinction entre les particuliers et les sociétés.

À ce sujet, la Cour énonça :

« I should add that the Supreme Court's conclusions relating to the availability of the requirement powers in subsection 231.2(1) of the Act do not distinguish between a physical and a corporate taxpayer: such powers are not available for the purpose of advancing a criminal investigation²⁰. »

La Cour conclut que le juge de première instance n'avait pas erré en droit en déterminant que l'appelante, au moment où l'ARC lui fit parvenir la demande de production de documents, était sous enquête criminelle.

En effet, s'appuyant sur les critères établis dans l'arrêt *Jarvis*, le juge Létourneau reprit les faits propres à cette affaire et conclut qu'au moment où l'ARC fit parvenir la demande péremptoire à l'appelante, cette dernière était sous enquête criminelle.

Conséquemment, l'ARC ne pouvait exiger la production de documents en vertu de l'article 231.2 L.I.R. Les demandes péremptoires transmises par l'ARC aux sociétés devaient donc être annulées.

Le juge Nadon conclut également que les demandes de production de documents transmises par l'ARC vis-à-vis des sociétés devaient être annulées, considérant qu'au moment où l'ARC fit parvenir les demandes péremptoires, elle menait une enquête criminelle.

Quant à la juge Desjardins, elle conclut qu'au moment où l'ARC fit parvenir les demandes de production de documents vis-à-vis des sociétés, l'ARC ne disposait pas suffisamment d'éléments lui permettant de déposer des accusations et partant, ne pouvait être en train de mener une enquête criminelle.

¹⁹ *Id.*, par. 88, 97 et 98.

²⁰ *Algar*, précité, note 15, par. 6.

6. JEAN-PIERRE CHENEL C. SMRQ²¹ : DÉTERMINATION DU REVENU D'UN CONTRIBUABLE PAR LA MÉTHODE D'UN AVOIR NET COMBINÉ

6.1. LES FAITS

Dans cette affaire, le requérant s'est opposé aux cotisations émises par Revenu Québec. Lesdites cotisations ont été établies à partir d'un avoir net combiné. Aussi surprenant que cela puisse être, le vérificateur de Revenu Québec a effectivement émis des cotisations contre le contribuable sur la base des revenus combinés du couple.

Pour établir sa cotisation, le vérificateur a inclus, dans les actifs, les passifs et le coût de vie du contribuable, les actifs, les passifs et le coût de vie de sa conjointe et attribua entièrement l'avoir net combiné ainsi calculé au contribuable.

Le contribuable interjeta appel devant la Cour du Québec considérant que la méthode utilisée par le vérificateur pour établir les cotisations était inappropriée et inexacte dans les circonstances.

6.2. LA QUESTION EN LITIGE

La principale question en litige dans cette affaire était de déterminer si le sous-ministre du Revenu du Québec pouvait établir le revenu d'un contribuable à partir de la méthode de l'avoir net combiné, c'est-à-dire à partir des actifs, des passifs et du coût de vie de deux personnes.

6.3. LA DÉCISION DE LA COUR DU QUÉBEC

D'entrée de jeu, la Cour a réitéré que le fardeau de la preuve en matière d'avoir net repose sur les épaules du contribuable et ce dernier peut se décharger de son fardeau en démontrant soit son véritable revenu, soit que la cotisation est incorrecte en ce que les prémisses sur lesquelles elle est fondée sont erronées.

La Cour conclut que le sous-ministre du Revenu était en droit d'avoir utilisé la méthode de l'avoir net pour établir le revenu du contribuable, compte tenu de l'existence de disparité entre les revenus du contribuable et

²¹ D.F.Q.E. 2004F-49 (ci-après « *Chenel* »).

que les dépenses familiales étaient acquittées indistinctement par M. Chenel et sa conjointe.

S'appuyant sur la décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *Francisco c. La Reine*²², la Cour conclut qu'une estimation de revenu faite à partir d'un avoir net combiné était inappropriée et invalide.

Après avoir analysé les articles 22, 24, 25, 26 et 28 de la *Loi sur les impôts*²³, la Cour conclut que le revenu d'un contribuable est son revenu personnel. À ce sujet, la Cour affirma :

« Plus particulièrement, l'article 28 de la Loi énonce la méthode de calcul du revenu d'un contribuable. Or, on ne retrouve dans cette disposition aucune mention du revenu d'une autre personne. Il s'ensuit que le concept de l'inclusion du revenu d'une autre personne n'appert pas exister dans le calcul du revenu d'un contribuable²⁴. »

Selon la Cour, le concept de revenu combiné n'est pas prévu dans la *Loi sur les impôts* et partant, ne peut être utilisé par le sous-ministre du Revenu pour établir le revenu d'un contribuable.

En conclusion, la Cour a indiqué que la preuve avait démontré que les cotisations avaient été émises contre le contribuable par le biais d'un avoir net en combinant les revenus du contribuable et de sa conjointe. Conséquemment, il y avait lieu d'annuler les avis de cotisation émis contre le contribuable. Le sous-ministre du Revenu a porté en appel cette décision.

7. **RICHARD MOUFARRÈGE C. SMRQ**²⁵

Cette affaire porte sur la déductibilité des intérêts payés par un contribuable sur la partie impayée d'un emprunt contracté à des fins commerciales lorsque le bien acquis à même le prêt n'est plus susceptible de générer un revenu.

²² 2003 D.T.C. 3958.

²³ L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

²⁴ *Chenel*, précité, note 21, par. 27.

²⁵ D.F.Q.E. 2004F-55 (ci-après « *Moufarrège* »).

7.1. LES FAITS

M. Moufarrège a contracté deux prêts auprès de la Banque Royale en vue d'effectuer deux investissements.

Le premier d'entre eux l'a été pour un montant original de 155 000 \$ et fut contracté dans le but d'acquérir quatre unités de condominium localisées dans la ville de Vancouver.

Cet investissement ne comportait aucun aspect personnel, l'objectif recherché étant de réaliser un revenu locatif.

Quant au second prêt, celui-ci l'a été pour un montant original de 300 000 \$ et fut contracté dans le but d'acquérir des actions de la société 2628-8225 Québec inc. dont l'activité principale était de développer et d'exploiter un terrain de golf. Cet investissement dans la société 2628-8225 Québec inc. a été fait dans le but de tirer un revenu et ne comportait aucun aspect personnel.

N'échappant pas à la baisse de l'économie canadienne du début des années 1990, le marché immobilier de Vancouver s'écroula, obligeant M. Moufarrège à vendre ses quatre unités de condominium pour un produit de disposition inférieur aux soldes des hypothèques.

M. Moufarrège utilisa entièrement le produit de l'argent provenant de la vente de ses quatre unités pour rembourser partiellement le prêt de 155 000 \$ qu'il avait contracté auprès de la Banque Royale.

Comble de malheur, la société dans laquelle M. Moufarrège avait investi fit faillite.

Malgré ses insuccès financiers, M. Moufarrège continua de rembourser les prêts qu'il avait contractés.

Dans le cadre de ses déclarations de revenus pour les années d'imposition 1993, 1994, 1995 et 1996, M. Moufarrège réclama à titre de déduction fiscale les dépenses d'intérêts qu'il avait engagées relativement aux deux prêts.

En 1997, le sous-ministre du Revenu émettait à l'encontre de M. Moufarrège de nouveaux avis de cotisation par lesquels il refusait la déduction des dépenses d'intérêts réclamée par M. Moufarrège, considérant que la source de revenu était inexistante.

M. Moufarrège interjeta appel devant la Cour du Québec.

7.2. LA QUESTION EN LITIGE

Le juge Rochon l'a présentée comme suit :

« La question peut être abordée sous deux angles différents. D'abord, on peut poser la question suivante : à la suite de la disposition du bien visé par l'emprunt, le contribuable, pour bénéficier de la déductibilité des intérêts, doit-il réinvestir le produit de la vente dans un bien à utilisation admissible ? Cette question était au cœur des arrêts *Bronfman*, *Tennan* et *Ludco*. En l'espèce, elle se pose à l'égard des unités de condominium vendues.

La seconde s'intéresse à l'exigence de pérennité de la source comme condition à la déductibilité. Pour l'obtenir, le contribuable doit-il établir, pour chaque année où la déduction est demandée, l'existence de la source et sa capacité de générer un revenu²⁶ ? »

7.3. LA DÉCISION DE LA COUR DU QUÉBEC

Le juge Barbe rejeta l'appel de M. Moufarrège, considérant que la source de revenu relativement à ces emprunts n'existait plus. Partant, M. Moufarrège ne pouvait réclamer les intérêts qu'il avait payés sur lesdits prêts.

7.4. L'ANALYSE DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

À titre de remarque préliminaire, la Cour rappela que la déductibilité des intérêts est permise si :

- i) la somme doit être payée au cours de l'année ou être payable pour l'année au cours de laquelle le contribuable cherche à la déduire;
- ii) elle doit être en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur l'argent emprunté;
- iii) cet argent doit être utilisé pour gagner un revenu non exonéré d'une entreprise ou d'un bien;
- iv) la somme doit être raisonnable, compte tenu des trois premiers critères.

²⁶ *Id.*, par. 24 et 25.

S'appuyant sur l'arrêt *Stewart c. Canada*²⁷ rendu par la Cour suprême du Canada, la Cour conclut qu'à partir du moment où un contribuable remplit les conditions énoncées à l'article 160 L.I. au moment de son investissement, la question de la déductibilité d'une dépense pour une année donnée doit être distinguée de celle de l'existence originelle d'une source de revenu.

Pour la Cour, la question relative à l'existence d'une source se situe au moment de l'investissement, notamment à l'aide des règles développées dans l'arrêt *Entreprises Ludco ltée c. Canada*²⁸. Une fois ces conditions satisfaites, le débat concernant la déductibilité des intérêts est d'une tout autre nature.

Selon la Cour, la dépense d'intérêt demeure déductible si le lien entre cette dépense et le bien visé est maintenu depuis son origine.

La Cour conclut que tel était le cas pour les deux prêts, considérant qu'ils ont été contractés à des fins purement commerciales et que les sommes empruntées n'ont jamais été détournées pour un usage non admissible. La Cour conclut qu'il n'y avait pas lieu de s'interroger sur la capacité du bien de générer un revenu.

Enfin, la Cour conclut qu'il n'y avait pas lieu de distinguer les deux investissements. À cet égard, le juge Rochon s'exprime ainsi :

« Que la source soit tarie en raison du fait que le contribuable s'est départi du bien générateur de revenu ou parce que ce bien, pour une raison économique, commerciale, légale ou autre est incapable de générer un revenu, ne peut avoir pour effet de modifier le test de la déductibilité. J'ajoute que toute tentative de distinguer entre les deux investissements ne ferait qu'ajouter du poids à la thèse inverse. Ce serait accorder une importance indue à la simple détention de la source, même si cette dernière est définitivement et irrémédiablement tarie²⁹. »

8. **BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE C. THIBAUT**³⁰

Dans l'industrie de la finance, nous savons que plusieurs personnes investissent leurs économies dans un régime d'épargne-retraite.

²⁷ [2002] 2 R.C.S. 645.

²⁸ [2001] 2 R.C.S. 1082.

²⁹ *Moufarrège*, précité, note 25, par. 43.

³⁰ [2004] 1 R.C.S. 758 (ci-après « *Thibault* »).

La Cour suprême du Canada a eu à se prononcer sur la saisissabilité des fonds versés dans un régime d'épargne-retraite dit autogéré.

Il s'agissait de la deuxième fois que la Cour était saisie de la délicate question de la saisissabilité d'un régime d'épargne-retraite autogéré assujéti aux lois québécoises.

8.1. LES FAITS

Dans cette affaire, les faits sont relativement simples et peuvent se résumer comme suit.

Vers le début des années 1960, M. Thibault a commencé à économiser en vue de sa retraite.

Au fil des ans, M. Thibault a investi auprès de nombreuses institutions financières.

En 1998, M. Thibault souscrit auprès de la Banque de Nouvelle-Écosse à un régime d'épargne-retraite autogéré.

Les conditions du contrat liant M. Thibault et la Société de Fiducie de la Banque de Nouvelle-Écosse prévoyaient que Scotia McLeod inc. détiendrait les fonds à titre de mandataire de la Société de Fiducie de la Banque de Nouvelle-Écosse, cette dernière étant décrite comme fiduciaire.

La déclaration de fiducie, régime d'épargne-retraite autogéré protégé par Scotia (ci-après « Régime »), prévoyait que le fiduciaire détenait en fidéicomis les cotisations du rentier (M. Thibault).

La clause n° 4 du Régime prévoyait que le rentier pouvait demander au fiduciaire de se faire verser la totalité ou une partie de l'actif du régime avant l'échéance du Régime.

Le 5 août 1999, avant la date d'échéance du Régime, la Banque de Nouvelle-Écosse obtenait un bref de saisie contre Scotia McLeod inc. visant les fonds que cette dernière détenait pour le compte de M. Thibault.

M. Thibault, soutenant que le régime d'épargne-retraite autogéré était insaisissable, demanda à la Cour supérieure d'annuler la saisie.

Le 27 septembre 1999, la Cour supérieure rejetait la demande de M. Thibault. Selon elle, considérant que le Régime autorisait M. Thibault à

effectuer des retraits, ce dernier n'avait pas aliéné son capital et, partant, les fonds versés dans le régime d'épargne-retraite autogéré, même protégés, étaient saisissables.

Insatisfaite du jugement rendu, Scotia McLeod inc. a porté le jugement en appel. Dans une décision partagée, la Cour d'appel du Québec confirma le jugement de première instance. En l'espèce, les juges Chamberland et Fish ont conclu que les conditions nécessaires à la constitution d'une rente n'étaient pas remplies. En dissidence, le juge Rothman était d'avis que M. Thibault s'était départi de son capital et, partant, les fonds versés au régime d'épargne-retraite autogéré étaient insaisissables.

8.2. LA QUESTION EN LITIGE

La Cour devait décider si les fonds versés dans un régime d'épargne-retraite autogéré étaient saisissables au Québec.

Pour ce faire, la Cour analysa deux sous-questions :

- i) Le Régime se qualifie-t-il comme une rente?
- ii) Le Régime se qualifie-t-il comme une fiducie?

8.3. LE JUGEMENT DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

La Cour suprême du Canada commence son analyse en rappelant qu'en règle générale, tous les biens du patrimoine d'une personne sont le gage commun de ses créanciers et que l'insaisissabilité est une exception qui découle de la loi (art. 2645 du *Code civil du Québec*³¹).

La Cour rappelle par la suite que la nature des régimes d'épargne-retraite fait qu'il n'est pas possible de leur apposer une étiquette unique. Il faut donc analyser si le régime d'épargne-retraite autogéré offert par la Banque de Nouvelle-Écosse remplit les conditions imposées par le *Code civil du Québec* lui permettant de se qualifier à titre de rente ou de fiducie et, partant, être susceptible d'être insaisissable.

³¹ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

8.3.1. Le Régime se qualifie-t-il comme une rente?

Un contrat de rente est défini à l'article 2367 C.c.Q. comme suit :

« Le contrat constitutif de rente est celui par lequel une personne, le débrentier, gratuitement ou moyennant l'aliénation à son profit d'un capital, s'oblige à servir périodiquement et pendant un certain temps des redevances à une autre personne, le crédientier.

Le capital peut être constitué d'un bien immeuble ou meuble, s'il s'agit d'une somme d'argent, il peut être payé au comptant ou par versements. »

La Cour examina donc s'il y avait eu aliénation de capital. En l'espèce, la Cour conclut que non.

S'appuyant sur la demande d'adhésion au Régime et sur le Régime lui-même, la Cour fit remarquer que M. Thibault est décrit comme le propriétaire inscrit. La Cour constata également que ce n'est qu'à la date d'échéance du Régime que le produit de liquidation de l'actif est affecté à une rente. Avant l'échéance, la seule obligation du fiduciaire consiste à exécuter les directives de M. Thibault et à conserver les placements. De plus, M. Thibault peut demander au fiduciaire de lui verser la totalité ou une partie de l'actif sans que ces retraits n'entraînent de conséquence sur la survie partielle ou totale du contrat ou sur les bénéfices rattachés à la rente. À aucun endroit le Régime ne prévoit qu'avant la date d'échéance M. Thibault s'est départi de la propriété ou de la valeur des fonds en faveur de la Société de Fiducie de la Banque de Nouvelle-Écosse.

Selon la Cour, non seulement la propriété des fonds n'a pas été transférée mais M. Thibault en a conservé l'entière maîtrise.

Conséquemment, la Cour conclut que M. Thibault n'a pas aliéné ses fonds et partant, le Régime ne peut se qualifier à titre de rente.

La Cour s'exprima comme suit :

« J'en conclus qu'avant la date d'échéance du Régime, période qui nous intéresse ici, le Régime ne prévoit pas la constitution d'une rente. Cette conclusion est fondée sur trois composantes. D'abord, un contrat qui réserve à l'épargnant la propriété et le contrôle de son capital ne correspond pas aux objectifs historiques de l'insaisissabilité des polices d'assurance et des rentes. La famille ne bénéficie en rien de l'actif qui est laissé à l'entière disposition de M. Thibault. Ensuite la formulation des dispositions concernant les rentes ne permet pas de conclure à une modification du droit prévalant en vertu du *Code civil du Bas Canada*. Enfin, l'analyse de l'ensemble des droits des parties au Régime, depuis

la remise des fonds à Scotia jusqu'à leur liquidation, révèle une absence d'aliénation des fonds. Cette absence d'aliénation, jointe à la maîtrise réservée au propriétaire, fait voir que la relation ainsi établie est étrangère à celle protégée par le législateur³². »

8.3.2. Le Régime se qualifie-t-il comme une fiducie?

Trois conditions sont nécessaires pour la constitution d'une fiducie, soit :

- i) le transfert de biens du patrimoine d'une personne à un patrimoine d'affectation;
- ii) l'affectation des biens à une fin particulière;
- iii) l'acceptation par un fiduciaire.

Concernant la première condition, considérant que M. Thibault pouvait retirer son actif en tout ou en partie jusqu'à l'échéance du Régime, la Cour conclut qu'il n'y avait pas transfert de biens en faveur d'un patrimoine d'affectation.

Quant à la deuxième condition, la Cour conclut qu'avant la date d'échéance du Régime, il n'y a eu aucune affectation des fonds à une fin particulière, soit une rente.

Enfin, concernant la troisième condition, considérant que les décisions quant aux investissements relevaient exclusivement de M. Thibault, la Cour conclut que la troisième condition n'était pas remplie.

La Cour conclut son analyse en rappelant que la nature des régimes d'épargne-retraite fait en sorte qu'il est impossible de leur apposer une étiquette unique. Dans le cas à l'étude, considérant qu'il n'y avait pas eu aliénation, le régime d'épargne-retraite autogéré mis en place par la Banque de Nouvelle-Écosse ne pouvait être qualifié de rente ou de fiducie et, partant, les fonds versés dans un tel régime étaient saisissables.

³² *Thibault*, précité, note 30, par. 26.

9. LA REINE C. CANADIAN UTILITIES LTD. ET CANUTILITIES HOLDINGS LTD.³³

Tous savent qu'une planification fiscale adéquate et minutieuse permet dans certaines circonstances de minimiser les impacts fiscaux découlant de transactions commerciales.

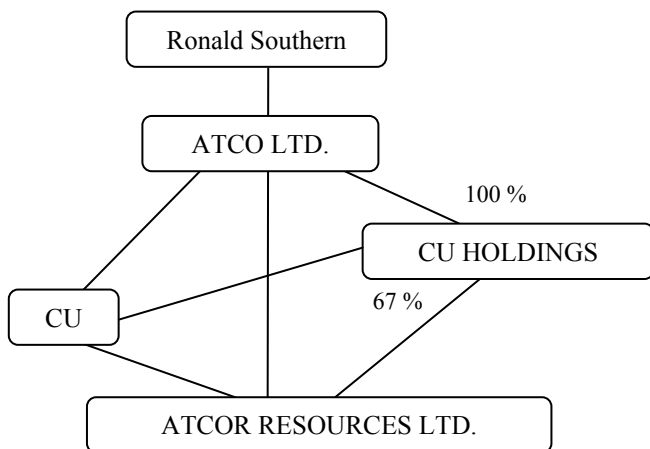
Cette affaire concerne l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. lors d'une disposition d'actions.

9.1. LES FAITS

Les faits ayant donné lieu au débat étaient complexes mais n'étaient pas contestés et sont résumés ci-dessous.

Le présent litige a pris naissance lors de la disposition des actions de la société ATCOR Resources Ltd. (ci-après « ATCOR ») détenues par chacune des appelantes.

En 1995, ATCOR était une société inscrite à la Bourse. Les principaux actionnaires de ATCOR sont reproduits ci-après :



³³ [2004] C.A.F. 234 (ci-après « *Canutilities* »).

Au cours de l'année 1995, Ronald Southern envisagea la possibilité de se départir des actions de ATCOR.

Le 12 décembre 1995, Forest Oil Corporation (ci-après « Forest ») conclut une entente visant l'acquisition des actions de ATCOR.

Préalablement aux opérations portant sur la disposition finale des actions de ATCOR, ATCO incorpora une société, 3140334 Canada Ltd. (ci-après « Newco »). ATCO détenait la seule action émise et en circulation du capital-actions de Newco.

Le 15 décembre 1995, ATCOR et Newco conclurent une entente prévoyant que les sociétés fusionneraient et que la nouvelle société issue de la fusion continuerait d'agir sous la dénomination sociale de ATCOR.

Forest incorpora également une société, 3189490 Canada Ltd. (ci-après « Forest Subco »). Forest Subco fut incorporée dans le but d'acquérir les actions de la société issue de la fusion.

Le 31 janvier 1996, ATCOR et Newco fusionnèrent. Selon les termes de la convention de fusion, l'action unique émise et en circulation détenue par ATCO dans le capital-actions de Newco fut convertie en une action ordinaire de la société issue de la fusion, de telle sorte que ATCO contrôlait cette dernière.

La convention de fusion prévoyait également que toutes les autres actions émises et en circulation de ATCOR seraient converties en trois catégories d'actions privilégiées (A, B et C) rachetables au gré de la compagnie et du détenteur à raison d'une action pour une.

À la suite de la fusion, CU a converti toutes les actions qu'elle détenait dans ATCOR en actions de catégorie « A » et CU Holdings et ATCO ont converti toutes leurs actions en actions de catégorie « B ».

Le 31 janvier 1996, Forest Subco a acquis de ATCO l'unique action ordinaire émise et en circulation du capital-actions de la société issue de la fusion, acquérant ainsi le contrôle de cette dernière.

Aussitôt que l'acquisition de l'action ordinaire fut effectuée, Forest Subco a souscrit à un million d'actions ordinaires du capital-actions de la société issue de la fusion pour un montant de 129 161 278 \$.

À la suite de la souscription mentionnée ci-dessus, la société issue de la fusion a racheté toutes les actions de catégorie « A » et « B » pour un montant de 129 161 278 \$.

Il importe de mentionner que CU et CU Holdings ont pratiquement toujours déclaré, dans le cadre du cours normal de leurs affaires, des dividendes à leurs actionnaires. Ces dividendes furent qualifiés de « dividendes normaux » par le juge de première instance. Par souci d'uniformité, nous utiliserons également cette désignation.

Dans le cadre de leurs déclarations de revenus, CU et CU Holdings inclurent à titre de revenu le dividende réputé découlant du rachat des actions qu'elles détenaient dans le capital-actions de ATCOR et le déduisirent en vertu du paragraphe 112(1) L.I.R.

CU et CU Holdings ont payé l'impôt de la Partie IV L.I.R. sur ce dividende réputé. Néanmoins, considérant que CU et CU Holdings versèrent des dividendes assez importants à leurs actionnaires, elles réclamèrent un remboursement à titre de dividende, et ce, en vertu du paragraphe 129(1) L.I.R.

En mai 2001, l'ARC détermina que les sommes reçues dans le cadre du rachat des actions détenues par CU et CU Holdings ne constituaient pas un dividende mais plutôt le produit de disposition des actions.

- i) En effet, l'ARC soutenait que le paragraphe 55(2) L.I.R. était applicable en l'espèce et que les dividendes normaux donnant lieu au remboursement faisaient partie de la série d'opérations et d'événements donnant lieu au traitement de dividendes réputés lors du rachat des actions de ATCOR.

CU et CU Holdings en ont appelé de la décision de l'ARC devant la Cour canadienne de l'impôt. Cette dernière accueillit leurs appels en concluant que les dividendes normaux ne pouvaient être considérés comme faisant partie de la série de transactions et d'événements qui avait donné lieu aux dividendes réputés respectifs des appelantes. L'exception de la Partie IV L.I.R. à l'application du paragraphe 55(2) L.I.R. s'appliquait donc.

9.2. LES QUESTIONS EN LITIGE

Les questions en litige telles qu'établies par la Cour d'appel fédérale étaient les suivantes :

« There are two issues in these appeals. The first issue is whether the payment of the normal course dividends was part of a series of transactions contemplated by subsection 55(2), one of the results of which was to effect a significant reduction in the capital gain that would have been realized on the disposition of the Class A and B Amalco shares owned by CU and CUH.

If the first issue is decided in favour of the Minister, the second issue is to what extent the Part IV tax exception in subsection 55(2) did not apply because the refund of Part IV tax caused by the payment of the normal course dividends was due to the payment of those dividends to corporations³⁴. »

9.3. LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

Concernant la première question, la Cour conclut que le paiement de dividendes normaux ne faisait pas partie de la série d'opérations ou d'événements et partant, conclut que le paragraphe 55(2) L.I.R. ne trouvait pas application.

En effet, la Cour conclut que le paragraphe 55(2) L.I.R. ne s'appliquait pas, considérant que CU et CU Holdings avaient été assujetties à l'impôt de la Partie IV L.I.R. et que le remboursement de cet impôt avait été occasionné par une transaction ne faisant pas partie de la série d'opérations ou d'événements ayant donné naissance aux dividendes réputés.

Concernant la deuxième question, le juge de première instance a déclaré qu'il aurait également accueilli l'appel considérant que rien dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'autorise une répartition proportionnelle des remboursements de l'impôt de la Partie IV L.I.R. entre les dividendes versés aux sociétés et les dividendes versés aux particuliers lorsque ces dividendes sont payés à ces deux catégories de personnes. Il a donc conclu que les appelantes pouvaient répartir les dividendes normaux de la manière la plus avantageuse et dans la mesure où les dividendes étaient attribués à des particuliers, l'exception relative à l'impôt de la Partie IV L.I.R. trouverait application.

9.4. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La Cour rappela que le terme « série » n'était pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Partant, la Cour analysa la portée de ce terme tel que défini en common law.

³⁴ *Id.*, par. 38 et 39.

Dans l'éventualité où la Cour conclurait que le versement de dividendes normaux et que les opérations ayant mené au rachat des actions de ATCOR constituaient ensemble une série en common law, le paragraphe 55(2) L.I.R. devrait s'appliquer. Par contre, dans l'éventualité où la Cour conclurait que le versement de dividendes normaux et que les opérations ayant mené au rachat des actions de ATCOR ne constituaient pas une série en common law, la Cour devrait déterminer si le versement des dividendes normaux font partie de la série d'opérations ou d'événements ayant mené au rachat des actions, et ce, en vertu du paragraphe 248(10) L.I.R.

Concernant l'étendue du terme « série » en common law, la Cour s'exprima ainsi :

« In Canada, a common law series only requires that, when the initial transaction is completed, the subsequent transaction or transactions needed to avoid tax have been determined by those persons who have the firm intention and ability to implement them and that all of those transactions do in fact occur³⁵. »

La Cour rappela que lorsque l'ARC établit une série, elle peut inclure toutes les opérations qu'elle juge pertinentes. Dans l'éventualité où il est établi que ces opérations étaient prédestinées à se réaliser et qu'elles l'ont été, ces opérations constituent une série d'opérations aux fins du paragraphe 55(2) L.I.R.

À ce sujet, la Cour s'exprima ainsi :

« In proposing a series, the Minister may choose whatever transactions he considers relevant. If it is determined that they were preordained to occur and did in fact occur, they will constitute a series of transactions for the purposes of subsection 55(2). Once the series is determined, whether subsection 55(2) applies will turn on whether one of the purposes (or results) of the series was to effect a reduction in capital gains that otherwise would have been realized.

Where the parties intend and have the ability to ensure that a number of transactions produce a given composite result that engages a provision of the Act, the concept of a common law series means that the court must give effect to the composite result, even though it was produced by a number of transactions, rather than just one. If the parties intend that a transaction with an independent purpose and existence will assist in achieving this composite result and have the ability to ensure that the independent transaction is carried out and

³⁵ *Id.*, par. 35.

the transaction is in fact carried out, the independent transaction will be considered a part of the series³⁶. »

La Cour conclut que l'ensemble des transactions, incluant le versement des dividendes normaux par CU et CU Holdings, constituait une seule et unique série en common law et aux fins du paragraphe 55(2) L.I.R., considérant le fait que les appelantes pouvaient s'assurer que toutes les transactions se concrétiseraient.

La Cour s'exprima comme suit :

« The facts that CU and CUH intended to use both the ATCOR/Forest transactions and the normal course dividends to achieve their tax avoidance objective, that they had the ability to ensure that all the transactions would occur, and that all the transactions did indeed occur as intended are sufficient to constitute them all part of a common law series for the purposes of subsection 55(2). It is of no consequence that one or more of the transactions had an independent purpose and existence³⁷. »

Concernant la deuxième question en litige, la Cour conclut que l'argumentation de l'ARC fondée sur le fait que l'on doit déterminer la proportion du montant total des dividendes qui a été versée à des sociétés et celle qui a été versée à des particuliers pour apprécier la mesure dans laquelle l'exemption relative à l'impôt de la Partie IV L.I.R. s'applique était mal fondée.

En effet, la Cour conclut que la position de l'ARC ne pouvait être soutenue par les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En effet, le paragraphe 129(1) L.I.R. ne stipule aucunement que le remboursement à titre de dividende est alloué en fonction d'un ratio calculé à partir des dividendes versés à des particuliers et à des sociétés.

Conséquemment, les dividendes versés par CU et CU Holdings à des particuliers donnaient droit au remboursement au titre de dividendes aux termes de l'article 129 L.I.R. et partant, le dividende réputé reçu par les appelantes au moment du rachat de leurs actions qu'elles détenaient dans le capital-actions de la société issue de la fusion ne devait pas être traité comme un produit de disposition.

³⁶ *Id.*, par. 64.

³⁷ *Id.*, par. 67.

10. PAUL MARTINEAU C. SMRQ³⁸

Dans cette affaire, il s'agissait essentiellement de déterminer si la Cour du Québec, lorsqu'elle siège en appel, aux termes de la *Loi sur les impôts* ou de la *Loi sur le ministère du Revenu*³⁹, est compétente pour statuer sur une demande accessoire de dommages exemplaires en vertu des articles 24 de la *Charte canadienne* et 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴⁰.

10.1. LES FAITS

M. Martineau est fiscaliste et conseiller en administration. Il a monté sa propre entreprise dans ce domaine et établi sa clientèle.

En 1989, il fait l'objet d'une enquête policière qui mène à des accusations de fraude, portées en vertu du *Code criminel*⁴¹, relativement à ses agissements en marge de contrats de services obtenus d'un ou de divers clients.

M. Martineau conteste ces accusations, requiert les services d'avocats et doit en conséquence assumer des honoraires professionnels dont il réclame, à partir de l'année d'imposition 1991, la déduction de son revenu à titre de frais judiciaires.

Les procédures criminelles aboutissent en 1997 à la Cour suprême du Canada. La Cour suprême du Canada confirme le verdict de culpabilité rendu par le Tribunal de première instance.

Pour l'année d'imposition 1994, M. Martineau réclame une déduction à titre de frais judiciaires de l'ordre de 9 823,98 \$, déduction refusée par Revenu Québec.

Revenu Québec soutient que les frais judiciaires déduits au cours de l'année d'imposition 1994 sont de même nature que ceux dont il reconnaît la déductibilité pour les années d'imposition 1991 et 1992.

³⁸ D.F.Q.E. 2004F-21 (ci-après « *Martineau* »).

³⁹ L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

⁴⁰ L.R.Q., c. C-12 et mod.

⁴¹ L.R.C. (1985), c. C-46 et mod.

En janvier 1996, M. Yves Prévost, responsable du dossier, téléphone à M. Martineau et lui suggère, entre autres, de lui faire parvenir une preuve du paiement des frais judiciaires de manière à ce qu'ensuite le dossier soit expédié au service de la cotisation.

En mars 1996, Mme Louise Crête de la Direction du règlement de dossiers et des renseignements aux particuliers écrit à M. Martineau pour lui demander de fournir des explications ou des documents portant sur six aspects, notamment sur la date et la nature de la poursuite et son rapport avec ses activités professionnelles.

Le 8 mars 1996, M. Martineau répond à Mme Crête, informant le Ministère de toutes les informations qu'il a déjà, censément, en sa possession et rappelle que sa demande de déduction pour frais judiciaires faisant l'objet de la vérification procède de la même nature et des mêmes causes que la déduction réclamée pour l'année d'imposition 1992.

Revenu Québec refusa la déduction réclamée de telle sorte que le requérant déposa une requête devant la Cour du Québec et joignit à sa requête une réclamation de 2 000 \$ à titre de dommages exemplaires et de réparation.

Lors de l'audition, le procureur du sous-ministre présenta une requête verbale en radiation d'allégations visant à faire ordonner la radiation des paragraphes 27 et 28 de la requête de M. Martineau ainsi que la dernière conclusion. Ces paragraphes et cette conclusion concernaient la réclamation de dommages exemplaires et de réparation.

La Cour du Québec accepta ladite requête au motif que M. Martineau ne se trouvait pas devant le bon forum dans l'exercice de son recours en dommages et intérêts contre l'État.

Concernant son appel de cotisation, M. Martineau eut gain de cause.

M. Martineau porta en appel la décision de la Cour du Québec concernant la radiation des allégations visant la réclamation de dommages exemplaires.

10.2. LA QUESTION EN LITIGE

La question en litige telle qu'établie par la Cour d'appel du Québec est la suivante :

« Lorsque la Cour du Québec siège en appel, au terme de la *Loi sur les impôts* ou de la *Loi sur le ministère du Revenu*, pour décider de l'exactitude de l'avis de cotisation émis, a-t-elle compétence également sur une demande accessoire de dommages exemplaires en vertu des articles 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte canadienne) et 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (Charte québécoise)⁴²? »

10.3. LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

D'emblée, la Cour rappela qu'en matière d'appel de cotisation, la Cour du Québec siège en appel d'une décision de l'administration et non comme un tribunal d'instance.

Conséquemment, en l'absence d'une autorisation législative expresse ou implicite, la Cour du Québec ne pouvait donner suite à la demande du contribuable concernant sa demande à des dommages exemplaires.

En effet, s'appuyant sur les arrêts *Mills c. La Reine*⁴³ et *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*⁴⁴, la Cour s'exprima comme suit :

« [...] le tribunal compétent pour ordonner réparation à la suite d'une violation d'un droit fondamental ou d'une liberté protégés est celui qui a compétence à la fois sur les parties, l'objet du litige et la réparation demandée⁴⁵. »

Se référant au dernier critère qui est celui de la réparation demandée, la Cour conclut qu'à lui seul, ce critère était suffisant pour clore le sort du présent pourvoi.

La Cour rappela que le législateur n'avait pas conféré de manière explicite un tel pouvoir de réparation à la Cour du Québec lorsqu'elle exerce la compétence dont elle est investie par la *Loi sur le ministère du Revenu*. En effet, les seuls pouvoirs de la Cour du Québec sont limités par certaines restrictions statutaires que l'on retrouve à l'article 93.1.21 L.M.R.

⁴² Martineau, précité, note 38, par. 5.

⁴³ [1986] 1 R.C.S. 863.

⁴⁴ [1996] 1 R.C.S. 75.

⁴⁵ Martineau, précité, note 38, par. 13.

Dans un deuxième temps, la Cour a regardé si le législateur avait conféré à la Cour du Québec un pouvoir de réparation implicite en vertu de l'article 24 de la *Charte canadienne*.

S'appuyant sur l'arrêt *La Reine c. 974649 Ontario Inc.*⁴⁶, la Cour est arrivée à la conclusion que la Cour du Québec, siégeant comme instance d'appel en regard d'un avis de cotisation, ne possédait pas un pouvoir de réparation implicite en vertu de l'article 24 de la *Charte canadienne*.

Une demande de permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada fut déposée par M. Martineau.

⁴⁶ [2001] 3 R.C.S. 575.

PARTIE B

Dominic C. Belley, avocat
Fraser Milner Casgrain s.r.l.

Ce texte a pour objet de soumettre un bref résumé de certaines décisions rendues par les tribunaux canadiens et québécois en matière fiscale, avec un accent particulier sur la jurisprudence administrative.

1. RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS**1.1. HAY C. LA REINE¹****Question en litige**

Est-ce que le paragraphe 323(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*² rend un administrateur de société responsable des montants de taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») impayés par la société alors que ce dernier n'a jamais été correctement désigné à ce titre et n'a jamais assumé les fonctions d'administrateur?

Résumé des faits

M. Hay a été engagé à titre de président de Distribution Canada Disc inc. (ci-après « DCD ») en 1994.

Pendant trois ans, Hay a ignoré qu'on le mentionnait à titre d'administrateur dans les registres et formulaires de procès-verbaux de DCD. Celle-ci n'avait aucun livre de comptabilité et elle n'a jamais préparé d'états financiers.

DCD a fait l'objet d'une vérification en 1999. Elle a été subséquentement dissoute en 2000. L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a par la suite cotisé Hay personnellement pour des montants de TPS impayés par DCD à titre d'administrateur *de jure*, conformément au paragraphe 323(1) L.T.A.

Hay a interjeté appel de cette décision.

¹ [2004] C.C.I. 51.

² L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »).

Analyse

L'appel de Hay a été accueilli sur la base d'un principe de common law selon lequel l'acceptation par un administrateur est nécessaire.

La désignation de Hay en tant qu'administrateur de DCD s'est faite sans son consentement et était donc invalide.

Par conséquent, Hay n'était pas un administrateur *de facto* de DCD étant donné qu'il n'a jamais été proprement désigné et qu'il n'a pas pris en charge la fonction d'administrateur.

1.2. **DIPEDÉ C. LA REINE**³

Question en litige

Conformément au paragraphe 323(1) L.T.A., quelle est la limite à appliquer à la défense alléguant qu'un administrateur ne devrait par être tenu responsable pour les montants de TPS impayés par la société auprès de laquelle ce dernier travaillait alors qu'il ignorait être tenu personnellement responsable à titre d'administrateur?

Résumé des faits

M. Dipede a immigré au Canada en 1960. À cette époque, il affirme qu'il lisait, parlait et comprenait très peu l'anglais.

En 1986, Dipede s'est associé avec deux autres individus dans le but de former une société dans laquelle il détenait une part égale avec les deux autres. Dipede allègue qu'il avait été informé du fait qu'il en était le vice-président, mais qu'il ignorait quelles étaient les responsabilités que comprenait cette fonction. À la suite de la faillite de la société, l'ARC a cotisé Dipede à titre d'administrateur de la société pour la TPS non remise. Dipede a interjeté appel de cette cotisation.

³ [2004] C.C.I. 100.

Analyse

La preuve par témoignage a démontré que Dipede :

- i) comprenait l'anglais;
- ii) était considéré comme étant l'administrateur, le vice-président et l'actionnaire de la société au cours des périodes pertinentes;
- iii) signait plusieurs documents à titre d'administrateur, de vice-président ou d'actionnaire;
- iv) n'a jamais été empêché de savoir qu'il était administrateur;
- v) n'a jamais été empêché de connaître les problèmes financiers de la société;
- vi) a eu recours à la défense qui allègue qu'il n'était pas l'administrateur en droit et en fait de la société.

En conséquence, la Cour a confirmé que Dipede occupait une position importante au sein de la société et qu'il n'était pas en droit d'être volontairement aveuglé par rapport à ce fait. De plus, il fut établi qu'il était l'administrateur en droit et en faits de la société au cours des périodes pertinentes, qu'il se comportait en tant qu'administrateur et qu'il n'a pas agi de façon raisonnablement diligente.

1.3. **TAILLEFER C. LA REINE**⁴

Question en litige

Quel est le niveau de diligence raisonnable requis par un administrateur pour répondre aux normes du paragraphe 323(3) L.T.A.?

Résumé des faits

M. Taillefer était le seul administrateur et actionnaire d'une société, en plus d'être activement impliqué dans les opérations financières quotidiennes de celle-ci.

⁴ [2004] C.C.I. 148.

Au cours d'une période financière difficile, où la société devait fermer mais choisit de rester ouverte, Taillefer a déposé des fonds rassemblés pour la TPS dans le compte général des opérations quotidiennes. De plus, il était au courant du fait que les remises de TPS n'étaient pas faites. Finalement, il prévoyait payer le manque à gagner des fonds de TPS lorsque la vente de la société aurait eu lieu, à la suite de sa fermeture.

L'ARC a cotisé Taillefer en vertu du paragraphe 323(1) L.T.A.

Taillefer a interjeté appel de cette décision.

Analyse

Taillefer était fortement impliqué dans les opérations financières de la société. Il a pris une décision en toute connaissance de cause de retenir les remises de TPS afin de permettre à la société de continuer ses opérations.

Toutefois, son plan de payer la TPS subséquentement, et ce, avec le montant récolté à la suite de la vente de la société ne répondait pas aux normes de diligence exigées en vertu du paragraphe 323(3) L.T.A. Selon la Cour, le devoir d'un administrateur est d'empêcher le défaut des remises plutôt que de remédier à l'insuffisance par des remises à un moment ultérieur.

1.4. **SAMSON c. SMRQ**⁵

Question en litige

Quels sont les critères pour fonder une défense de diligence raisonnable en vertu de l'article 24.0.1 de la *Loi sur le ministère du Revenu*⁶?

Résumé des faits

Par cotisation, Revenu Québec, réclame de Mme Samson (investisseuse/présidente) le paiement des sommes perçues par la société 9068-6916 Québec inc. en vertu d'une loi fiscale et/ou d'une autre législation nommée à l'article 24.0.1 L.M.R. et que cette société avait omis de verser au ministre au moment de sa faillite, le 26 juin 1999.

⁵ D.F.Q.E. 2003-F95.

⁶ L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

Selon son témoignage, la responsabilité édictée par l'article 24.0.1 L.M.R. ne s'applique pas à elle, en sa qualité d'administratrice de la société, parce qu'elle a agi avec un degré de soin, de diligence et d'habileté raisonnable dans les circonstances et que dans ces mêmes circonstances, elle n'a pu avoir connaissance de l'omission.

Analyse

La Cour a trouvé invraisemblable que la présidente n'ait pas cherché avec attention l'évolution de la société, car elle a déclaré à un conseil d'administration de la société que « la situation financière est intenable » et où il sera résolu de déposer un avis d'intention de faire une proposition en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁷.

Le seul fait que Samson n'ait pas fait la preuve de son suivi des opérations de la société est insuffisant pour fonder l'exception de soin, de diligence et d'habileté raisonnable prévue à l'article 24.0.2 L.M.R.

La négligence ou l'incurie ne peuvent fonder une défense de diligence raisonnable.

1.5. **GORDON MURRAY MCKINNON C. LA REINE**⁸

Question en litige

Quel est le niveau de soin exigé dans le but d'invoquer une défense de diligence raisonnable afin de tenir un administrateur personnellement responsable du manquement de sa société en ce qui concerne la remise des retenues sur le salaire, conformément à l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁹?

Résumé des faits

M. McKinnon était le président, le seul actionnaire et l'unique administrateur de la société.

⁷ L.R.C. (1985), c. B-3 et mod.

⁸ 2004 D.T.C. 2049.

⁹ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

En raison de deux événements imprévus, la société a souffert d'un manque à gagner dans le flux de trésorerie, ce qui a provoqué son impossibilité à effectuer ses paiements au Receveur général du Canada.

Le premier événement fut la perte d'une affaire de distribution de cartes de salutations.

Le second événement fut causé par un entrepreneur de construction qui a arbitrairement refusé de payer le plein prix du contrat à la compagnie.

En conséquence, une somme importante due à la société fut incorrectement retenue par l'entrepreneur. Malgré les actions judiciaires entreprises pour récupérer ce montant, ces dernières ont dû être abandonnées en raison d'un manque de fonds.

Analyse

Le succès d'une défense de diligence raisonnable pour tenir les administrateurs personnellement responsables quant au manquement de leur société à l'article 227.1 L.I.R. repose sur les faits qui entourent chaque cas.

La Cour doit donc comparer les actions entreprises par les administrateurs afin d'empêcher l'échec avec ce qu'une personne prudente et raisonnable aurait fait dans des circonstances comparables.

En ce qui a trait à l'affirmation suivante de l'ARC : « You should have pulled the plug and let the whole business go down the drain [...] »¹⁰, la Cour a exprimé que cette affirmation n'était ni commercialement réaliste ni moralement défendable.

L'appelant McKinnon a tout fait pour garder sa compagnie viable et pour s'assurer que toutes ses obligations étaient remplies.

¹⁰ Par. 16 du jugement.

2. PROROGATION DE DÉLAI

2.1. *RUEL C. LA REINE*¹¹

Question en litige

Quelles sont les circonstances nécessaires pour se voir octroyer une prorogation du délai d'interjeter appel en vertu de l'article 305 L.T.A.?

Résumé des faits

M. Lambert est un commerçant responsable d'une entreprise exploitant un dépanneur qui est formée au nom de son épouse.

Lambert a reçu de la Direction des oppositions de Revenu Québec une lettre datée du 6 décembre 2002 qui indiquait les modifications à être apportées à la cotisation en TPS pour la période du 14 mai 1999 au 31 décembre 2000. Selon son témoignage, Lambert a mal compris les instructions de son avocat, avec comme résultat qu'il a soumis à celui-ci les avis de cotisation le 27 mai 2003 seulement.

En ce qui concerne la cotisation au fédéral, le délai pour interjeter appel était alors expiré de quelques jours. L'avocat s'est rendu compte immédiatement que le délai était expiré. De plus, l'avocat explique le délai de cinq mois pour produire la demande de prorogation du délai par le fait que c'était une époque très occupée à son bureau et qu'il n'a pas eu le temps de faire la demande. Finalement, il s'agit du droit fédéral et il n'est pas très familier avec ce droit.

Analyse

Aux termes du sous-alinéa 305(5)b)(iii) L.T.A., la demande de prorogation du délai d'appel doit être présentée dès que les circonstances le permettent.

L'avocat du contribuable n'a pas produit la demande de prorogation du délai d'appel aussitôt qu'il le pouvait en ne le faisant qu'au bout de cinq mois.

¹¹ [2004] C.C.I. 94.

La preuve n'a pas révélé une diligence raisonnable de la part de Lambert non plus en n'informant pas son avocat des différentes lettres qu'il recevait de Revenu Québec.

La preuve n'a pas révélé une diligence raisonnable de son avocat qui n'a pas fait la demande de prorogation du délai d'appel aussitôt que les circonstances le permettaient, tel qu'il est requis par le sous-alinéa 305(5)b)(iii) L.T.A.

2.2. AIR LIQUIDE CANADA INC. c. LA REINE¹²

Question en litige

Quelles sont les circonstances nécessaires pour obtenir une prorogation du délai d'interjeter appel en vertu de l'article 305 L.T.A.?

Résumé des faits

La requérante s'est opposée à une cotisation reçue le ou vers le 16 mai 2003.

Il y a eu des rencontres entre les parties. La requérante n'a pas présenté d'avis d'opposition au ministre dans le délai prescrit par l'article 301 L.T.A. (90 jours), mais plutôt 53 jours après l'expiration du délai.

Analyse

La Cour a accepté l'allégation de la requérante qu'un des comptables/fiscalistes externes de l'entreprise avait communiqué son intention de retenir les services du cabinet Lavery, de Billy pour déposer l'avis d'appel, même avant que la décision sur l'opposition ait été rendue.

La Cour a aussi accepté l'assertion de la requérante qu'un des fiscalistes internes avait demandé au cabinet Samson Bélair/Deloitte & Touche de s'occuper de protéger les droits de la requérante.

Devant la confusion dans l'entreprise, la Cour a décidé qu'il était juste et équitable de faire droit à la demande de la requérante.

¹² [2004] C.C.I. 165.

La demande a été présentée dès que les circonstances le permettaient. De plus, la Couronne ne subit aucun préjudice par la prorogation de délai. Il est dans l'intérêt de la justice que la prorogation soit accordée; la requérante pouvait en appeler de plein droit à cette Cour de l'avis de nouvelle cotisation découlant de la décision du ministre. N'eût été la confusion entre les comptables de la requérante et la fiscaliste interne de la requérante, l'appel aurait été déposé dans le délai imparti; refuser d'accorder la présente requête pénaliserait indûment la requérante.

2.3. CHARBONNEAU C. SMRQ¹³

Questions en litige

Est-ce qu'un deuxième avis d'opposition envoyé par le contribuable peut être considéré comme un appel?

Est-ce que l'ignorance de la loi de la part du contribuable peut constituer une « impossibilité en fait d'agir et que la demande a été présentée dès que les circonstances le permettaient » en conformité avec le paragraphe 93.1.13(3) L.M.R.?

Résumé des faits

Vers le 30 janvier 2002, le contribuable a reçu des avis de cotisation lui réclamant diverses sommes pour les années 1997, 1998 et 1999.

Le contribuable a envoyé un avis d'opposition qui a fait l'objet d'une décision le 16 octobre 2002. Il a par la suite envoyé un deuxième avis vers le 15 novembre 2002, croyant que c'était la bonne démarche pour s'opposer au refus de Revenu Québec.

En mars 2003, il apprend que le deuxième avis d'opposition envoyé n'est pas valide et, le 3 mars, il mandate un avocat pour le représenter.

Toutefois, l'avocat ne s'est pas occupé du dossier, aux prises avec un conjoint extrêmement malade et qui est décédé peu après.

¹³ D.F.Q.E. 2003-F77.

Analyse

Dans un premier temps, le deuxième avis de novembre 2003, si valide, permettra au contribuable de faire une application pour une prorogation du délai d'appel (90 jours) en conformité avec l'article 93.1.13 L.M.R. Mais cet avis ne constitue pas seulement une erreur de forme. L'appel n'a tout simplement pas été formé, puisque aucune requête n'a été déposée ou expédiée au greffe de la Cour du Québec. L'intention du contribuable ne suffit pas, elle doit se matérialiser devant le forum approprié.

Dans un deuxième temps, le contribuable n'a pas démontré l'impossibilité d'agir. Or, c'est son ignorance de la loi qui a amené la requérante à ne pas déposer son appel devant la Cour du Québec, malgré le fait que la décision sur opposition soit accompagnée d'un document explicite intitulé « Renseignements sur les recours judiciaires ».

Or, l'ignorance de la loi ne constitue pas une impossibilité d'agir.

2.4. *DI LULLO c. SMRQ*¹⁴

Question en litige

Est-ce que l'erreur d'envoyer un chèque personnel, et non un mandat poste ou un chèque visé, avec une requête en appel de cotisation fiscale signifie que le contribuable « était dans l'impossibilité en fait d'agir » au sens de l'article 93.1.13 L.M.R.?

Résumé des faits

La décision sur opposition a été rendue au contribuable par Revenu Québec le 15 mars 2001.

Selon l'article 93.1.10 L.M.R., le contribuable a 90 jours pour appeler de cette décision. Ce délai expirait le 15 juin 2001.

M. Di Lullo a préparé la requête en appel lui-même et l'a expédiée par courrier au Palais de justice de Montréal le 12 juin 2001, avec un chèque personnel de 90 \$.

¹⁴ D.F.Q.E. 2003-F86.

La requête fut retournée au contribuable, car le ministère de la Justice exigeait d'obtenir un mandat poste ou un chèque visé.

Di Lullo a réexpédié la requête avec un mandat poste le 19 juin. La requête fut reçue au greffe le 21 juin, date de l'ouverture du dossier selon le plumitif.

Analyse

En se référant à l'impossibilité « en fait » qui est en somme l'impossibilité relative, le législateur a choisi un critère qui est moins exigeant que celui de l'impossibilité absolue.

Ainsi, le contribuable a préparé sa requête dans le délai mais son ignorance des exigences du ministère de la Justice l'a empêché de compléter sa demande dans le délai.

Il s'agit d'une impossibilité en fait d'agir et en conséquence, la requête pour prorogation est accordée.

2.5. 2950-5914 QUÉBEC INC. c. SMRQ¹⁵

Question en litige

Est-ce qu'une erreur procédurale de la part de la requérante constitue une impossibilité en fait d'agir en vertu de l'article 91.1.13 L.M.R.?

Résumé des faits

Le représentant de la requérante a reçu l'avis de cotisation le 17 février 2003, de sorte que l'appel peut valablement être interjeté jusqu'au 20 mai 2003.

Il était deux semaines en retard parce qu'il a cru que l'appel pouvait être interjeté en remplissant un simple formulaire.

Une employée de Revenu Québec lui a dit « vu qu'on s'est parlé le vingt, mettez-le à la date du vingt puis faites nous le parvenir [...] ». L'employée a cru que la requérante désirait simplement faire une opposition.

¹⁵ D.F.Q.E. 2004-F25.

À la réception du formulaire, une autre employée de Revenu Québec lui annonce que l'avis d'opposition n'est pas la procédure appropriée.

Analyse

Selon la jurisprudence, l'expression « impossibilité d'agir » en vertu de la *Loi sur le ministère du Revenu* n'exige pas une impossibilité absolue.

La requérante a clairement manifesté son intention d'interjeter appel avant l'expiration du délai légal, mais elle a commis une erreur procédurale.

Même si l'employée de Revenu Québec a agi de bonne foi, il n'en demeure pas moins que les documents et les informations qu'elle a transmis à la requérante ont contribué à cette erreur.

3. RECouvreMENT

3.1. ROY C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)¹⁶

Question en litige

Après qu'une saisie ait été pratiquée, est-ce qu'un tribunal peut déclarer que les articles 12.0.2 et 12.0.3 L.M.R. suspendent les mesures de recouvrement dans le cas d'un avis de cotisation délivré en vertu de l'article 24.0.1 L.M.R. lorsque cet avis fait l'objet d'une opposition?

Résumé des faits

Le 10 mai 2002, M. Roy, à titre d'administrateur d'une société, a reçu un avis de cotisation en vertu des articles 15.5 et 15.6 L.M.R. Il y a fait opposition le 10 juillet suivant.

Par la suite, Revenu Québec a annulé l'avis et l'a remplacé par un autre qui était aussi contesté par un avis d'opposition le 11 septembre.

Le lendemain, Roy a avisé Revenu Québec que les mesures de recouvrement entreprises étaient illégales étant donné que le délai de 90 jours n'était pas expiré. Une saisie ayant été pratiquée, Roy demande au tribunal de déclarer que les articles 12.0.2 et 12.0.3 L.M.R. suspendent les

¹⁶ D.F.Q.E. 2003-F79.

mesures de recouvrement dans le cas d'un avis de cotisation délivré en vertu de l'article 24.0.1 L.M.R. lorsque cet avis fait l'objet d'une opposition.

Analyse

Pour que l'article 12.0.2 L.M.R. s'applique, il faut que la cotisation ait été émise en application de la *Loi sur les impôts*¹⁷ et qu'il s'agisse de sommes autres que celles qu'une personne est tenue d'acquitter à titre de mandataire.

Même s'il est vrai que, sans l'article 24.0.1 L.M.R., Roy n'aurait pu être cotisé, il reste que c'est l'article 24 L.M.R. qui sert de base à la cotisation d'un administrateur.

Or, ce dernier article vise « [t]oute personne qui déduit, retient ou perçoit un montant en vertu d'une loi fiscale ». Le fondement d'une cotisation repose inévitablement sur une loi fiscale, soit en l'espèce, l'article 1015 L.I. Rien dans le texte de l'article 12.0.2 L.M.R. n'indique l'intention du législateur d'interdire l'application de cette disposition dans les cas visant des déductions à la source.

3.2. **SMRQ c. CONSTRUCTION G. GRANDMAISON INC.**¹⁸

Questions en litige

L'acte de transfert intervenu entre Construction Grandmaison et Fils et Construction G. Grandmaison et Fils est-il opposable à Revenu Québec?

L'opposant, Gérald Grandmaison, a-t-il le droit d'obtenir mainlevée des outils et du véhicule tout-terrain qu'il allègue lui appartenir en propre?

Résumé des faits

Les opposants contestent une saisie-exécution mobilière en vertu d'un jugement contre Construction G. Grandmaison inc., en vertu de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*¹⁹, pratiquée par Revenu Québec le 17 septembre 2003, en invoquant leur droit de propriété sur les biens saisis.

¹⁷ L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

¹⁸ D.F.Q.E. 2004-F28.

¹⁹ L.R.Q., c. T-0.1 et mod. (ci-après « L.T.V.Q. »).

Les opposants produisent une requête en opposition à la saisie-exécution, alléguant en substance ce qui suit :

- i) l'opposante, Construction G. Grandmaison et Fils (9126-2980 Québec inc.), serait propriétaire de la majeure partie des biens saisis en vertu d'un acte de cession le 15 février 2003;
- ii) l'opposant, Gérald Grandmaison, serait propriétaire du véhicule tout-terrain de marque Bombardier et de certains outils.

La preuve révèle qu'un acte de transfert est intervenu entre la défenderesse, Construction G. Grandmaison inc., et Construction G. Grandmaison et Fils. Son président et unique actionnaire est M. Gérald Grandmaison, qui est également président et unique actionnaire de Construction G. Grandmaison inc.

Analyse

La preuve révèle que la nouvelle société est une « marionnette » qui n'est que l'*alter ego* de la défenderesse.

Les deux sociétés sont contrôlées par M. Grandmaison et elles ont successivement réalisé le même type d'activités. Il s'agit d'une situation visée par l'article 317 du *Code civil du Québec*²⁰ qui permet de soulever le voile corporatif. À cet égard, l'article 317 C.c.Q. prévoit ce qui suit :

« 317. La personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors qu'on invoque cette personnalité pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public. »

Le débiteur doit prouver son titre afin de renverser cette présomption et justifier son droit à la revendication. S'il allègue par exemple en être le propriétaire, il devra produire son contrat d'acquisition comportant une date certaine. Or, dans la convention de transfert, on indique qu'il y aurait pour 5 000 \$ de stock de matériel et 10 000 \$ d'équipement et de fournitures de chantier. Il y a donc lieu de croire que les outils de construction appartiennent à l'entreprise de construction et non à M. Grandmaison personnellement.

²⁰ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

Il serait en effet surprenant qu'une entreprise de construction opérant depuis 1987 n'ait aucun équipement ni outil. La convention mentionnée ci-dessus établit le contraire. De plus, M. Grandmaison a également témoigné que le véhicule tout-terrain lui appartient personnellement alors que le contrat d'achat prouve le contraire.

3.3. **SMRQ C. ALEPIN**²¹

Question en litige

Une stipulation d'insaisissabilité dans un acte de donation qui n'est pas publié à temps est-elle opposable à Revenu Québec?

Résumé des faits

Il s'agit d'une requête en inopposabilité ou pour permission de saisir des biens insaisissables présentée par Revenu Québec.

Alepin est le bénéficiaire des revenus de la Fiducie Robert Alepin, constituée aux termes d'un acte de donation le 5 juillet 1991. Pour l'année 2000, il a ainsi touché environ 18 000 \$.

En janvier 2004, sa dette envers Revenu Québec s'élevait à 26 761 \$. Invoquant le fait que la stipulation d'insaisissabilité contenue à l'acte de donation n'avait pas été publiée dans le délai prescrit, Revenu Québec soutient qu'elle lui est inopposable.

Alepin fait valoir que la publication de la stipulation d'insaisissabilité avant la saisie a eu pour effet de la rendre opposable à Revenu Québec. Ce dernier allègue que sa créance est postérieure à la création de la fiducie et demande la permission de saisir les revenus versés à l'intimé pour la portion que le tribunal établira (par. 553(3) du *Code de procédure civile*²²).

Alepin invoque également les dispositions du paragraphe 553(4) C.p.c., qui portent sur l'insaisissabilité des sommes données à titre d'aliments.

²¹ D.F.Q.E. 2004-F47.

²² L.R.Q., c. C-25 (ci-après « C.p.c. »).

Analyse

Tout d'abord, la Cour est d'avis que la stipulation d'insaisissabilité contenue à l'acte de donation fiduciaire du 5 juillet 1991 est opposable au requérant parce que cet acte a été publié avant que ledit requérant ait acquis des droits par voie de saisie.

Sur cette question, l'auteur M^e Louis Payette écrit ce qui suit :

« Le Code civil introduit un concept nouveau en édictant qu'une stipulation d'insaisissabilité n'est opposable aux tiers qu'à la condition d'avoir été publiée par voie d'inscription au registre approprié. [...] [E]lle peut être faite utilement en tout temps ou du moins jusqu'à ce qu'un tiers créancier acquière des droits par voie de saisie²³. »

Or, en l'espèce, la preuve a révélé que Revenu Québec n'a pas fait signifier de saisie à l'intimé ou à la Fiducie Robert Alepin avant le 20 février 2004, date de la publication de l'acte de donation fiduciaire du 5 juillet 1991.

En ce qui concerne la requête pour permission de saisir des biens insaisissables, la preuve a aussi révélé que la dette de l'intimé est née en 1994 et par la suite, donc postérieurement au 5 juillet 1991, date de l'acte de donation fiduciaire contenant la stipulation d'insaisissabilité en faveur de l'intimé.

Ceci étant, Revenu Québec invoque le paragraphe 553(3) C.p.c. et demande à la Cour la permission de saisir des biens donnés sous condition d'insaisissabilité. À la lecture de cette disposition, il appert que la Cour a discrétion pour décider si les sommes versées à l'intimé par la Fiducie Robert Alepin peuvent être saisies et dans quelle proportion. Afin de contrer cet argument du requérant, l'intimé Alepin invoque le paragraphe 553(4) C.p.c. qui prévoit que :

« **553. (4)** Sont insaisissables : Les aliments accordés en justice, de même que les sommes données ou léguées à titre d'aliments, encore que le titre qui les a constituées ne les ait pas déclarées insaisissables. »

En ce qui concerne le caractère « d'aliments » de la donation faite en faveur de l'intimé à l'acte de donation fiduciaire du 5 juillet 1991, aucune preuve testimoniale n'a été présentée par l'intimé afin de l'établir.

²³ Par. 8 du jugement.

Enfin, pour que soit déclaré qu'une donation ou un legs a été consenti à titre d'aliments lorsque cette mention n'apparaît pas à l'acte, il doit ressortir des circonstances et des termes de l'acte qu'ils ont été faits à ce titre. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

4. PÉNALITÉS

4.1. DESJARDINS C. SMRQ²⁴

Questions en litige

Est-ce que les états financiers et les registres comptables déposés dans un autre dossier constituent un aveu liant la requérante?

Est-ce que les propos tenus par l'avocat de la requérante au cours de sa plaidoirie orale dans un autre dossier de la Cour supérieure constituent un aveu liant la requérante?

Est-ce que la pénalité pour production tardive et négligence flagrante doit être imposée dans les circonstances?

Résumé des faits

Desjardins est actionnaire d'une société dont les activités ont débuté en 1994.

En 1999, Revenu Québec lui a fait parvenir des avis de cotisation lui réclamant l'impôt sur des revenus non déclarés pour les années 1995 et 1996. Revenu Québec s'est appuyé sur des documents comptables déposés dans un dossier de la Cour supérieure concernant un litige opposant Desjardins à son ancien locateur. Revenu Québec lui a aussi réclamé des intérêts et des pénalités pour production tardive et pour négligence flagrante.

Desjardins a nié la véracité des documents comptables. Elle a aussi nié les avoir déposés dans un autre dossier et en être l'auteure.

²⁴ D.F.Q.E. 2004-F11.

Analyse

Les états financiers et les registres comptables pour les années 1995 et 1996 déposés dans un autre dossier constatent des faits et ne portent aucune signature. Ces écrits non instrumentaires constituent un aveu extrajudiciaire de la part de Desjardins des revenus réels de la société, car ils ont été allégués et prouvés par Revenu Québec, qui a de plus établi qu'ils provenaient de Desjardins.

Les propos tenus par l'avocat de la requérante au cours de sa plaidoirie orale dans un autre dossier de la Cour supérieure ne constituent pas un aveu liant la requérante. Néanmoins, bien que Desjardins ait nié être l'auteur des états financiers et du journal des ventes déposés dans le dossier de la Cour supérieure, de nombreux éléments de preuve ont démontré le contraire. La requérante n'a donc pas réussi à repousser la présomption de validité des cotisations.

La pénalité imposée pour la production tardive doit toutefois être annulée. Desjardins a produit ses déclarations de revenus pour les années 1995 et 1996 après le 30 avril, mais le délai pour ce faire avait été prolongé jusqu'au 15 juin en vertu d'une modification visant le cas particulier exploitant une entreprise. Par contre, la pénalité imposée pour négligence flagrante doit être maintenue. Desjardins, qui ne pouvait ignorer que les revenus déclarés à Revenu Québec étaient inférieurs à ceux indiqués aux états financiers et aux registres comptables déposés dans le dossier de la Cour supérieure, a sciemment fait un faux énoncé ou une omission en ne déclarant pas la totalité des revenus provenant de la société.

5. TAXE SUR LES CARBURANTS

5.1. SMRQ c. PRODUITS SHELL CANADA LTÉE²⁵

Question en litige

Est-ce que la *Loi concernant la taxe sur les carburants*²⁶, qui fait en sorte qu'une somme équivalente à la taxe est payée et remboursée à chaque étape de la chaîne pour être finalement payée par le consommateur, est

²⁵ D.F.Q.E. 2004-F1.

²⁶ L.R.Q., c. T-1 (ci-après « L.T.C. »).

anticonstitutionnelle au sens du paragraphe 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁷?

Résumé des faits

Produits Shell Canada ltée (ci-après « Shell ») a choisi de ne pas respecter l'obligation que la *Loi concernant la taxe sur les carburants* lui imposait de percevoir au moment de la vente la taxe par anticipation, préférant accorder à sa cliente, Pétrole Lafleur (ci-après « Lafleur »), un crédit pour la totalité, non seulement du prix des produits, mais aussi des taxes qui y sont rattachées (y compris celles sur le carburant).

La faillite subséquente de Lafleur l'a exposée à une cotisation de Revenu Québec. Cette cotisation, en vertu de la *Loi concernant la taxe sur les carburants*, a été rendue inopérante par un jugement de la Cour du Québec.

Analyse

La *Loi concernant la taxe sur les carburants* n'empêche pas de qualifier la taxe sur les carburants de taxe directe au sens du paragraphe 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

C'est à tort que l'intimée a prétendu que le mécanisme mis en place à l'époque de la cotisation pour la perception anticipée de la taxe la transformait en taxe indirecte et était donc anticonstitutionnelle puisqu'il avait pour effet de lui financer la taxe advenant la faillite d'un détaillant qui n'avait pas payé ses factures. Ce n'était pas le but de la *Loi concernant la taxe sur les carburants*.

En vertu du paragraphe 51.1(3) L.T.C., Shell avait l'obligation de percevoir la taxe dès la vente de produits pétroliers à Lafleur, et ce, indépendamment des modalités de crédit accordées. Cette disposition exigeait la perception anticipée de la taxe que l'acheteur pouvait percevoir plus tard lors d'une vente à un consommateur. Shell n'a pas respecté cette obligation mais, si elle l'avait remplie, il n'y aurait eu aucune conséquence fâcheuse pour elle.

²⁷ (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

6. PROCÉDURE

6.1. *RISPOLI c. SMRQ*²⁸

Questions en litige

Est-ce que la présomption de validité des cotisations a été renversée au moyen d'une preuve prépondérante soumise par M. Rispoli?

Est-ce que Revenu Québec est en droit d'exiger le paiement des pénalités réclamées?

Résumé des faits

Au moyen de deux avis de cotisation datés des 31 juillet et 6 novembre 2000, Revenu Québec ajoute des revenus nets d'entreprise additionnels à ceux déjà déclarés par M. Silvano Rispoli pour l'année 1995 et réclame la portion de taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ ») impayée calculée sur les revenus additionnels non déclarés durant la période du 2 février 1995 au 31 décembre 1996.

En 1995, Rispoli, alors sans emploi, décide de se lancer en affaires dans l'achat et la revente d'automobiles usagées. Durant l'année, il effectuera quelque 22 ventes de véhicules.

Suivant une demande péremptoire de production de déclaration de revenus datée du 7 avril 1999, Rispoli déposera sa déclaration de revenus pour l'année 1995 en mai 1999 et déclarera des revenus de 7 615 \$ provenant de la vente d'automobiles. Ce sont ses seuls revenus déclarés.

Les prix réels étant alors inconnus de Revenu Québec, celui-ci établit alors les revenus de Rispoli en fonction d'indices extrapolés à partir de fichiers, tel le *Canadian Older Car/Truck Red Book*. Revenu Québec a alors établi le revenu non déclaré de Rispoli en soustrayant les prix de revente extrapolés des prix d'achat extrapolés des véhicules concernés. Le revenu net révisé a, par la suite, été établi à 16 816 \$ au lieu du revenu net déclaré de 7 615 \$, entraînant ainsi un revenu net non déclaré de 9 201 \$ et, par conséquent, la TVQ applicable au revenu non déclaré.

²⁸ D.F.Q.E. 2004-F32.

La pénalité imposée aux termes de la cotisation de 1996 est fondée sur les dispositions de l'article 59.2 L.M.R. pour avoir omis de payer ou de remettre la TVQ dans le délai prévu par la loi.

Analyse

La présomption de validité d'une cotisation peut être repoussée par toute preuve légale, y compris le témoignage. Encore faut-il que le témoin soit crédible. Encore faut-il que le témoignage ait une force probante. Selon la Cour, le témoignage de Rispoli n'est corroboré par aucun témoin ni document probant aux fins de contester la cotisation de 1995.

Selon la Cour, il est paradoxal qu'une personne, comme l'appelant, désireuse de se lancer dans le commerce des automobiles usagées ne possède ni ne conserve aucun document ou pièce justificative pouvant attester ou constater les ventes qu'elle a faites dans le cadre de son entreprise. Or, en fonction du témoignage des représentants de Revenu Québec, la Cour considère que la méthode utilisée par l'intimé pour établir lesdits prix en fonction d'indices, en l'absence de toute preuve tangible et crédible, est satisfaisante et génère des prix qui ne paraissent pas excessifs.

Quant au fardeau de la preuve, il est utile de rappeler que les droits et intérêts visés par un avis de cotisation sont présumés valides jusqu'à preuve du contraire de la part du contribuable (art. 1014 L.I.). Cette présomption ne s'applique cependant pas aux pénalités réclamées, lesquelles doivent être justifiées par Revenu Québec au moyen d'une preuve prépondérante.

6.2. **DURAND c. SMRQ**²⁹

Question en litige

Est-ce que les cotisations de Revenu Québec étaient arbitraires puisque basées sur un échantillonnage non représentatif de la réalité?

Résumé des faits

L'appelant se pourvoit contre un jugement de la Cour du Québec qui a rejeté les appels déposés contre deux avis de cotisation émis par l'intimé en vertu de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* et de la *Loi sur le ministère du Revenu*.

²⁹ D.F.Q.E. 2004-F37.

L'appelant a exploité un bureau d'huissiers jusqu'au 31 janvier 1994 sous la dénomination Bellavance Durand. Neuf huissiers travaillaient pour l'entreprise qui desservait une clientèle variée comprenant notamment des ministères, organismes gouvernementaux, municipalités et cabinets d'avocats.

Pour les deux périodes pertinentes à l'appel, du 1^{er} juillet 1992 au 31 janvier 1993 et du 1^{er} février 1993 au 31 janvier 1994, l'appelant Durand, qui exerçait des activités commerciales, a perçu la taxe de vente de ses clients, mais il a omis de la remettre à Revenu Québec. Il a fait valoir que les cotisations étaient arbitraires puisque basées sur un échantillonnage non représentatif de la réalité.

Les oppositions de l'appelant Durand ont été rejetées dans une décision rendue par Revenu Québec le 11 décembre 1995. L'appelant Durand a fait appel devant la Cour du Québec. Le juge de première instance a rejeté les appels de l'appelant.

Analyse

Avant de procéder à l'analyse des moyens de l'appelant, la Cour a rappelé certains principes :

- i) la cotisation fiscale jouit d'une présomption de validité (art. 1014 L.I.) qui peut être repoussée par le contribuable;
- ii) le fardeau initial du contribuable consiste à « démolir » l'exactitude de la présomption en présentant une preuve *prima facie*;
- iii) lorsque le contribuable présente une telle preuve, il y a un renversement du fardeau de la preuve;
- iv) le fisc doit alors réfuter la preuve *prima facie* et prouver la cotisation établie par présomption.

En l'espèce, non seulement l'appelant Durand a-t-il failli dans son fardeau initial de démolir la présomption mais, en plus, Revenu Québec a prouvé l'exactitude des cotisations.

Le contribuable n'a pas fourni de documents additionnels pour étayer ses affirmations relatives au pourcentage des fournitures taxables. L'appelant Durand n'a démontré aucune erreur qui justifierait l'intervention de la Cour.

Puisque l'appelant a fait fi de l'obligation que la loi lui faisait de tenir un registre, Revenu Québec a dû reconstituer les variables nécessaires à l'établissement de la taxe due. À cet égard, il disposait d'une documentation fragmentaire, ce qui a nécessité le recours à la méthode du sondage. Dans la mesure où celui-ci est fiable, l'appelant Durand serait mal venu de s'en plaindre, selon la Cour, puisque c'est son omission de respecter les prescriptions statutaires qui a empêché Revenu Québec de faire une analyse exhaustive.

Le fardeau de la preuve en matière fiscale est celui de la prépondérance des probabilités et la jurisprudence reconnaît que les éléments pertinents peuvent être établis par la méthode du sondage à la condition que celui-ci présente un seuil de fiabilité acceptable.

6.3. LEMIEUX C. SMRQ³⁰

Question en litige

Est-ce que Revenu Québec a erronément refusé d'admettre, comme dépenses d'exploitation de la poissonnerie, des achats de homards faits sans facture?

Est-ce que Revenu Québec a erronément refusé d'admettre une perte de 5 %, comme proposée, dans la vente de boissons alcoolisées du restaurant?

Résumé des faits

En 1993, 1994, 1995 et 1996, le requérant Lemieux exploitait, à Pointe-au-Père, un restaurant et une poissonnerie.

Revenu Québec a refusé des déductions de 6 000 \$ en 1994 et de 34 000 \$ en 1995 pour des dépenses d'achats de homards par la poissonnerie. Ce sont des achats sans facture. Plus précisément, ces achats auraient été faits par Charles Charette, un ami du requérant, à différents pêcheurs de la Gaspésie.

En ce qui concerne les pertes sur la vente du vin, le vérificateur de Revenu Québec a essayé d'établir les revenus réels du restaurant. Le vérificateur n'a toutefois déduit aucune perte. Il s'est ravisé par la suite pour

³⁰ D.F.Q.E. 2004-F29.

déduire 2 % de la quantité du vin acheté et ainsi établir le volume de ventes réelles. Le contribuable propose plutôt 5 %.

Analyse

L'article 1014 L.I. crée une présomption de validité des cotisations de Revenu Québec. En conséquence, le contribuable qui prétend que la cotisation est erronée a le fardeau de la preuve.

Mais les chèques avec lesquels Lemieux aurait payé les homards, selon le contribuable, étaient faits dans le but de retirer de l'argent de la banque. Or, selon la Cour, aucun élément objectif de preuve ne permet de rattacher ces retraits à l'achat de homards.

Ajoutons qu'il est difficile selon la Cour de croire que le contribuable ne se soit pas assuré d'une preuve de ses achats. Finalement, le témoignage de M. Charette est pour le moins imprécis, incohérent, bref et non crédible. La Cour conclut donc que le contribuable ne s'est pas déchargé du fardeau de prouver les dépenses de homards pour l'achat desquels il a été cotisé de nouveau.

En ce qui concerne le pourcentage de perte, le pourcentage établi par le contribuable, soit 5 %, apparaît raisonnable. C'est ce pourcentage qui a été reconnu dans deux bulletins de Revenu Québec, soit celui de décembre 2000 et celui de juin 2001. Mais, faut-il rappeler que le contribuable a le fardeau de la preuve? Ici, le vérificateur a procédé à partir d'un échantillonnage de 150 factures. Lemieux n'a pas démontré que la méthode comptable du vérificateur était erronée.

PARTIE C

Louis-Frédéric Côté, avocat, LL. M. (L.S.E.)
Mendelsohn

1. LES VOITURES ORLY INC. C. LA REINE¹

Il s'agit d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, procédure générale, rendue par le juge Bowman le 22 avril 2004.

Dans cette affaire, il s'agissait d'un des nombreux dossiers dans le domaine de l'exportation d'automobiles. Essentiellement, Les Voitures Orly inc. (ci-après « Orly ») était un exportateur d'automobiles. Orly achetait des automobiles à Montréal et exportait les automobiles à l'extérieur du Canada. Lors de l'achat des automobiles, Orly payait la taxe sur les produits et services (ci-après « TPS »)² à ses fournisseurs et lors de l'exportation des automobiles, Orly ne percevait pas la TPS de ses clients à l'étranger.

Orly a demandé à titre de crédit de taxe sur les intrants (ci-après « CTI »), le tout sur la base de l'article 169 L.T.A., la TPS payée à ses fournisseurs, le tout considérant que les achats faits par Orly étaient dans le cadre de ses activités commerciales, soit l'achat et la vente d'automobiles. Revenu Québec, qui administre la *Loi sur la taxe d'accise* au Québec, a refusé les CTI demandés par Orly et a émis un avis de cotisation.

La preuve documentaire, à première vue, semblait démontrer que des concessionnaires d'automobiles avaient vendu des véhicules à des autochtones et que les mêmes véhicules avaient été achetés par Orly de différentes sociétés par actions, que Orly avait payé la TPS à ces différentes sociétés par actions, que Orly avait revendu lesdits véhicules à l'extérieur du Canada et que Orly réclamait à titre de CTI la TPS payée aux différentes sociétés par actions. Or, la Cour est arrivée à la conclusion que les contrats conclus entre les concessionnaires et les autochtones ne représentaient pas des opérations véritables, qu'il s'agissait de contrats de complaisance servant à créer une illusion, que Orly avait effectivement acheté les véhicules directement des concessionnaires sans payer la TPS et que même si la TPS figurait sur les factures entre Orly et différentes sociétés par actions, ce montant n'était pas réellement de la TPS. En somme, la Cour est arrivée à la

¹ [2004] C.C.I. 86.

² *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. (ci-après « L.T.A. »), Partie IX.

conclusion que Orly avait créé l'illusion qu'elle avait payé la TPS, le tout afin de justifier des CTI, alors qu'en fait Orly n'a jamais payé la TPS.

Dans ce contexte, la Cour énonce trois principes sur le plan des CTI :

- 1) si un contribuable paye la TPS à un fournisseur et que le fournisseur ne remet pas la TPS au gouvernement, le gouvernement ne peut pas récupérer la TPS auprès du contribuable;
- 2) le principe qui précède ne s'applique pas si le contribuable est complice d'une fraude avec le fournisseur; et
- 3) pour récupérer la TPS à titre de CTI, le contribuable doit avoir payé la TPS ou, à tout le moins, avoir l'intention de la payer.

Les trois principes mentionnés ci-dessus s'ajoutent aux règles spécifiques prévues à la *Loi sur la taxe d'accise* dans le contexte de la récupération de CTI. Un contribuable doit donc, s'il veut récupérer la TPS qu'il paye à différents fournisseurs dans le cadre de ses activités commerciales, s'assurer non seulement de respecter toutes les prescriptions prévues à la *Loi sur la taxe d'accise*, mais également de ne pas participer à une fraude avec un fournisseur et de réellement payer la TPS ou d'avoir réellement l'intention de la payer, à défaut, Revenu Québec pourra refuser la récupération de la TPS à titre de CTI.

Cette décision de la Cour canadienne de l'impôt a été portée en appel à la Cour d'appel fédérale.

2. LA CORPORATION DE L'ÉCOLE POLYTECHNIQUE C. LA REINE³

Il s'agit d'une décision de la Cour d'appel fédérale en date du 26 mars 2004.

Dans cette affaire, la Corporation de l'École Polytechnique (ci-après « Polytechnique ») est une institution d'enseignement qui se qualifie à titre d'organisme de bienfaisance au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*. Polytechnique s'est engagée à exécuter des projets de recherche pour le bénéfice de plusieurs sociétés de placement de l'entreprise québécoise (ci-après « SPEQ »). Les droits de propriété intellectuelle relativement aux résultats des recherches effectuées par Polytechnique étaient l'entière

³ [2004] C.A.F. 127.

propriété des SPEQ. Par ailleurs, Polytechnique s'était engagée à acheter des SPEQ la propriété intellectuelle et Polytechnique octroyait aux SPEQ une licence exclusive et irrévocable des droits d'exploitation et de commercialisation de la propriété intellectuelle.

Cette façon de procéder a créé un problème sur le plan de la TPS. Polytechnique a été cotisée, elle a contesté la cotisation et la Cour d'appel fédérale a confirmé, dans le présent jugement, la cotisation sur le plan de la TPS.

Par ailleurs, non seulement Polytechnique contestait la cotisation sur le plan de la TPS, mais elle contestait également la cotisation en ce qui concerne la pénalité. Polytechnique prétendait qu'elle avait fait preuve de diligence raisonnable et elle demandait à la Cour d'appel fédérale d'annuler la pénalité qui avait été imposée en vertu de l'article 280 L.T.A.

La Cour d'appel fédérale souligne que la diligence raisonnable est une défense acceptée à l'encontre de la pénalité prévue à l'article 280 L.T.A. et que cette défense excuse soit l'erreur de fait raisonnable, soit la prise de précautions raisonnables pour se conformer à la loi.

La Cour rappelle que la personne qui invoque une erreur de fait raisonnable doit satisfaire un double test : subjectif et objectif. Cette personne doit établir qu'elle s'est elle-même méprise quant à la situation factuelle (test subjectif) et elle doit ensuite établir que son erreur était raisonnable dans les circonstances (test objectif).

Quant à l'erreur de droit, la Cour souligne qu'il y a quatre types d'erreur de droit : l'erreur de droit commise de bonne foi, l'erreur de droit raisonnable, l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité et l'erreur de droit invincible.

Quant à l'erreur de droit commise de bonne foi et à l'erreur de droit raisonnable, la Cour arrive à la conclusion que ces deux types d'erreur ne sont pas reconnus comme moyen de défense.

Quant à l'erreur de droit invincible, que la Cour définit comme étant une erreur qu'il est impossible d'éviter parce qu'il est impossible pour la personne qui a commis l'erreur de connaître la loi soit parce que la loi n'a pas été promulguée, soit parce que la loi n'a pas été publiée d'une manière satisfaisante qui permette la prise de connaissance de la loi, la Cour arrive à la conclusion que ce genre d'erreur est une défense.

Finalement, quant à l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité, bien que la Cour arrive à la conclusion que ce type d'erreur est un moyen de défense, elle souligne que, bien que la définition de « personne en autorité » ne soit pas encore claire au niveau jurisprudentiel, généralement les tribunaux n'acceptent pas ce genre d'erreur à titre de défense lorsque l'erreur est fondée sur l'opinion juridique d'un avocat.

Cette décision est surprenante en ce qui concerne l'analyse par la Cour d'appel fédérale de la défense de diligence raisonnable à l'encontre d'une pénalité imposée sur la base de l'article 280 L.T.A. En effet, essentiellement, un contribuable ne peut plaider qu'il a commis une erreur de droit et ainsi voir la pénalité annulée par un tribunal. Un tribunal n'annulera la pénalité que s'il s'agit d'une erreur de droit invincible, telle que définie ci-dessus, ce qui se résume à des cas très exceptionnels ou si l'erreur de droit a été provoquée par une personne en autorité, ce qui exclut l'avocat du contribuable. Si l'avocat du contribuable est exclu, on peut se demander dans quelles circonstances un contribuable pourra bénéficier de la défense de diligence raisonnable dans le contexte d'une erreur de droit provoquée par une personne en autorité.

Cette décision n'a pas été portée en appel.

3. COUPE DE VÊTEMENTS ZUREK INC. ET JEAN ZUREK C. LA REINE⁴

Il s'agit d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, procédure générale, qui a été rendue le 27 juin 2003 par le juge Archambault.

Dans cette affaire, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a refusé à Coupe de Vêtements Zurek inc. (ci-après « Zurek inc. ») une dépense de 113 571 \$ pour des montants payés par Zurek inc. à des sous-traitants dans le domaine de la coupe de vêtements, le tout pour l'année d'imposition 1996 de Zurek inc. En outre, l'ARC a imposé une pénalité pour faute lourde à Zurek inc. Quant à Jean Zurek (ci-après « Zurek »), l'ARC l'a cotisé en vertu du paragraphe 15(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁵ et a donc inclus ledit montant de 113 571 \$ dans les revenus de Zurek. Finalement, l'ARC a cotisé une pénalité pour faute lourde à l'égard de Zurek.

⁴ 2004 D.T.C. 2450 (C.C.I.).

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

Essentiellement, les faits étaient les suivants :

- 1) Zurek inc. œuvre dans le domaine de la coupe de vêtements;
- 2) les actionnaires de Zurek inc. sont Zurek à raison de 75 % et Patrick Zurek, le fils de Zurek, dans une proportion de 25 %;
- 3) Zurek a tiré un salaire de Zurek inc. de 25 200 \$ en 1994 et de 18 000 \$ en 1995 et il n'a tiré aucun revenu d'emploi pour l'année 1996;
- 4) pendant les années 1994, 1995 et 1996, Zurek inc. a subi des pertes;
- 5) Zurek inc. a donné, en sous-traitance, des contrats de coupe. À cet égard, Zurek inc. faisait affaire avec un certain M. Vichard et Zurek ne connaissait pas l'adresse de M. Vichard. Tout ce que Zurek connaissait était le numéro de téléphone de M. Vichard; ce dernier représentait les trois sous-traitants relativement auxquels l'ARC a refusé les dépenses pour un total de 113 571 \$;
- 6) les factures entre Zurek inc. et les trois sous-traitants représentés par M. Vichard n'étaient pas détaillées;
- 7) Zurek était incapable d'établir une corrélation entre les factures envoyées aux clients de Zurek inc. et les factures reçues par Zurek inc. des sous-traitants représentés par M. Vichard. En outre, il n'y avait pas de corrélation entre les contrats obtenus par Zurek inc. et les contrats accordés aux trois sous-traitants représentés par M. Vichard (par exemple, sur la facture envoyée par Zurek inc. à un client pour un montant de 8 546,63 \$, on indique des coupes de pantalons, de vestes, de blazers et de jupes, alors que sur la facture de l'un des sous-traitants à Zurek inc., on indique des coupes de vestes, de blouses et de 14 échantillons pour un montant de 8 546,63 \$);
- 8) tous les paiements faits par Zurek inc. aux trois sous-traitants représentés par M. Vichard étaient faits par chèques certifiés;
- 9) les recherches effectuées par l'ARC ont démontré que les trois sous-traitants étaient introuvables; et
- 10) l'ARC a refusé à titre de déductions dans le calcul du revenu de Zurek inc. toutes les sommes versées par Zurek inc. aux trois sous-traitants représentés par M. Vichard parce que l'ARC considérait ces trois sous-traitants comme des « accommodateurs » et l'ARC estimait que les

factures des trois sous-traitants étaient fausses. L'ARC a également conclu à l'appropriation de fonds par Zurek. Quant aux pénalités pour faute lourde à l'encontre de Zurek inc. et de Zurek, l'ARC a justifié ces pénalités sur la base que Zurek inc. avait réclamé des dépenses pour des services qu'elle n'avait pas reçus des sous-traitants et que les factures des sous-traitants étaient fausses. Quant à la pénalité imposée à Zurek, l'ARC a prétendu qu'il avait retiré l'argent de Zurek inc. sans payer d'impôt.

La Cour rappelle d'abord la règle générale en matière fiscale selon laquelle Zurek inc. et Zurek ont la tâche de démontrer que les montants d'impôt exigés par l'ARC ne sont pas dus. Par ailleurs, la Cour rappelle que dans le contexte d'une pénalité pour faute lourde, c'est l'ARC qui a le fardeau de prouver la faute lourde de Zurek inc. et la faute lourde de Zurek.

Quant à Zurek inc., la Cour souligne qu'elle devait démontrer qu'elle avait réellement donné du travail en sous-traitance et qu'elle avait versé la somme de 113 571 \$ aux trois sous-traitants pour du travail effectué. La Cour arrive à la conclusion que Zurek inc. ne s'est pas déchargée de son fardeau, le tout selon la prépondérance des probabilités. La Cour souligne certaines contradictions dans le témoignage de Zurek et elle souligne également que Zurek a donné des réponses évasives. La Cour souligne également le caractère très suspect de la preuve documentaire présentée par Zurek inc. La Cour conclut finalement que les factures semblent être, selon toute apparence, de fausses factures. La Cour maintient donc la cotisation de l'ARC à l'encontre de Zurek inc. en ce qui concerne le refus de la dépense de 113 571 \$.

Quant à la question de l'appropriation de fonds par Zurek, la Cour souligne le fait que l'ARC a cotisé Zurek pour l'ensemble du montant de 113 571 \$ et cela n'apparaît pas raisonnable à la Cour. D'après la Cour, une partie des sommes n'a pas été recueillie par Zurek. La Cour écrit également qu'il n'est pas raisonnable d'inférer que seulement Zurek se serait approprié le montant de 113 571 \$. D'après la Cour, une appropriation aurait pu raisonnablement être déterminée sur la base de la participation des actionnaires de Zurek inc., c'est-à-dire une répartition de 75 % pour Zurek et de 25 % pour le fils de Zurek. La Cour ajoute qu'une appropriation sur la base d'une répartition en parts égales aurait également été possible. La Cour n'est pas convaincue que Zurek n'a pas bénéficié d'au moins une partie du 113 571 \$. Par ailleurs, compte tenu du caractère déraisonnable de la cotisation de l'ARC (100 % du 113 571 \$ est cotisé à l'encontre de Zurek), la Cour réduit de 50 % le montant de la cotisation.

Finalement, quant à la pénalité pour faute lourde à l'encontre de Zurek inc. et quant à la pénalité pour faute lourde à l'encontre de Zurek, la Cour arrive à la conclusion que l'ARC n'a pas réussi à établir, selon la prépondérance des probabilités, que Zurek inc. et Zurek ont fait, sciemment ou dans des circonstances équivalant à une faute lourde, un faux énoncé.

Cette décision est surprenante. En ce qui concerne Zurek inc., la Cour a refusé l'ensemble de la dépense, soit 113 571 \$. À notre avis, l'approche aurait dû être de tenter de déterminer le montant qui a réellement été dépensé pour effectuer des travaux et le montant du ou des profits qui ont été cachés. Le montant réellement utilisé pour effectuer des travaux aurait dû être accordé à titre de dépense et le montant du ou des profits cachés aurait pu être refusé à titre de dépense (la pénalité pour faute lourde aurait pu s'appliquer sur les impôts attribuables aux profits cachés). Quant à l'appropriation de fonds, au lieu d'une décision arbitraire à 50 %, l'approche aurait dû être de tenter de déterminer la partie du 113 571 \$ qui a réellement été utilisée pour effectuer les travaux et la partie que Zurek s'est appropriée (la pénalité pour faute lourde aurait pu s'appliquer sur les impôts attribuables au montant approprié). Le problème est possiblement que la preuve, autant du côté de Zurek inc. et de Zurek que de l'ARC, n'était pas complète et que la Cour, dans ce contexte, a rendu la meilleure décision possible. Par ailleurs, dans un contexte d'une preuve complète d'un côté comme de l'autre, la décision aurait pu être différente et ressembler à ce que nous proposons dans le présent paragraphe.

Cette décision de la Cour canadienne de l'impôt, procédure générale, n'a pas été portée en appel.

DISPOSITION GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT – JURISPRUDENCE
RÉCENTE



Jane Meagher
Avocate
Ministère de la Justice du Canada



Wilfrid Lefebvre
Avocat, CR
Ogilvy Renault

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE (WILFRID LEFEBVRE)..... 32:3

1. *LA REINE C. LA COMPAGNIE PÉTROLIÈRE IMPÉRIALE LTÉE*
(JANE MEAGHER) 32:4

1.1. LES FAITS 32:5

1.2. APPEL DEVANT LA COUR CANADIENNE DE L’IMPÔT..... 32:6

1.3. DÉCISION DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE..... 32:7

1.3.1. Objet de la DGAÉ..... 32:7

1.3.2. Interprétation judiciaire de la DGAÉ..... 32:7

1.3.3. Le prêt a-t-il entraîné un abus (*misuse*)
dans l’application des dispositions de la
Loi de l’impôt sur le revenu? 32:9

1.3.4. Les arguments du ministre et les motifs
de leur rejet par la Cour 32:10

1.4. COMMENTAIRES DE JANE MEAGHER 32:11

1.5.	COMMENTAIRES DE WILFRID LEFEBVRE	32:12
2.	<i>CIT FINANCIAL LTD. C. LA REINE (JANE MEAGHER)</i>	32:13
2.1.	LES FAITS	32:14
2.2.	ARGUMENTS DES PARTIES	32:14
2.3.	DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT	32:15
2.4.	DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE	32:16
2.5.	COMMENTAIRES DE JANE MEAGHER	32:17
2.6.	COMMENTAIRES DE WILFRID LEFEBVRE	32:18
3.	<i>KAULIUS, E. ET AUTRES C. LA REINE (JANE MEAGHER)</i>	32:19
3.1.	LES FAITS	32:19
3.2.	DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT	32:20
3.3.	DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE	32:20
3.3.1.	L'analyse dans l'affaire <i>OSFC</i> portant sur l'abus est-elle valable?	32:21
3.3.2.	La DGAÉ est-elle contraire à l'article 53 de la <i>Loi</i> <i>constitutionnelle de 1867</i> ?	32:21
3.3.3.	La DGAÉ est-elle contraire à l'article 7 de la <i>Charte</i> ?	32:22
3.4.	LA COUR SUPRÊME DU CANADA	32:22
3.5.	COMMENTAIRES DE JANE MEAGHER	32:23
3.6.	COMMENTAIRES DE WILFRID LEFEBVRE	32:23

INTRODUCTION GÉNÉRALE (WILFRID LEFEBVRE)

Aujourd'hui, plus de 15 ans après l'adoption de la disposition générale antiévitement (ci-après « DGAÉ »), où en sommes-nous¹? On peut, avant d'entreprendre l'analyse de la plus récente jurisprudence que fera M^e Meagher, formuler les commentaires suivants :

- 1) Si les tribunaux ont, en règle générale, adopté une interprétation large des concepts d'« avantage fiscal » et de « série de transactions » et, de ce fait, suivi l'interprétation proposée par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »), il n'en va pas de même quant à la portée des dispositions du paragraphe 245(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*².
- 2) Aux termes de l'état actuel du droit³, en l'absence d'une identification d'une politique fiscale claire et, le cas échéant, sa contravention, la mesure ne saurait s'appliquer.
- 3) Les cas où la mesure peut s'appliquer ont visé les situations où :
 - a) les contribuables tentaient de faire indirectement ce qu'ils ne pouvaient faire directement. La décision dans *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*⁴ constitue un bon exemple; et
 - b) lorsqu'un « trou » (*loophole*) évident dans la loi existe : l'arrêt *Water's Edge Village Estates (Phase I) Ltd. c. La Reine*⁵ en est l'illustration.
- 4) La décision dans *OSFC* est certes celle qui soulève le plus de questions. Ainsi, pour n'en mentionner que deux :

¹ Il est à noter qu'au mois de septembre 2004, le ministre des Finances a publié des propositions législatives qui auront pour effet de modifier la DGAÉ. Ces modifications n'étant pas encore en vigueur, nous réservons nos commentaires à cet égard pour l'année prochaine.

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

³ La Cour suprême du Canada entendra les causes *Canada Trustco Mortgage et Kaulius* (voir *infra* pour références) au cours du mois de mars 2005.

⁴ [2002] 2 C.F. 288 (ci-après « *OSFC* »).

⁵ [2003] 2 C.F. 25.

- a) Lorsque le juge Rothstein parle de la nécessité d'identifier une « politique fiscale » avant de conclure à un « abus », fait-il référence à l'existence ou à la raison d'être d'une telle politique?

Cette problématique fut soulevée dans l'affaire *Hill c. La Reine*⁶. Hill avait, par suite d'une série d'emprunts, réussi à transformer en intérêts courants, déductibles sur une base payée ou payable, ce qui autrement aurait été des intérêts composés, déductibles suivant l'alinéa 20(1)d) L.I.R. seulement après avoir été payés.

En refusant d'appliquer la mesure générale, le juge Miller exprima l'avis qu'en l'absence d'une explication convaincante justifiant la distinction entre les critères de déductibilité des intérêts courants et des intérêts composés, il ne pouvait conclure à l'abus. Il est surprenant que l'ARC n'ait pas jugé à propos de porter cette décision en appel puisqu'elle soulève un problème fondamental d'interprétation.

- b) Le juge Rothstein indique que, pour déceler la politique fiscale, le recours à du matériel intrinsèque, tels les notes techniques, le Hansard et autres, est permis et même nécessaire. Cette approche est discutable puisque le paragraphe 245(4) L.I.R. ne requiert que la lecture de la « loi [...] dans son ensemble ». D'autre part, cette approche soulève potentiellement des problèmes importants de preuve.

1. LA REINE C. LA COMPAGNIE PÉTROLIÈRE IMPÉRIALE LTÉE⁷ (JANE MEAGHER)

Introduction

Dans cette affaire, la Couronne tentait vaillamment de faire renverser la décision de la Cour canadienne de l'impôt qui avait accueilli l'appel de la compagnie pétrolière Impériale (ci-après « l'Impériale ») et avait rejeté la position du ministre du Revenu national selon laquelle les opérations entreprises par la contribuable constituaient des opérations qui entraînaient un abus dans l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

⁶ 2002 D.T.C. 1749.

⁷ [2004] C.A.F. 36 (ci-après « l'Impériale »).

1.1. LES FAITS

Les activités principales de l'Impériale pour toute la période en question étaient le raffinage, la mise en marché et le transport de pétrole et de produits pétroliers. L'Impériale est assujettie à l'impôt spécial sur les grandes entreprises, à savoir l'impôt de la Partie 1.3 L.I.R. L'exercice financier de l'Impériale se termine le 31 décembre. À la toute fin de son exercice financier, l'Impériale a consenti trois prêts à court terme à deux sociétés dont chacune était une filiale à part entière d'une banque à charte canadienne. Les banques en question ont garanti les prêts, dont la valeur totale s'établissait à 500 M\$. La façon dont les prêts étaient structurés permettait à l'Impériale de réclamer une déduction pour placements équivalant au montant des prêts. Cela avait pour effet de réduire son capital imposable de ce même montant et ainsi de réduire l'impôt dont elle était redevable en vertu de la Partie 1.3 L.I.R.

Le ministre du Revenu national a invoqué la DGAÉ que l'on trouve à l'article 245 L.I.R. pour supprimer l'avantage fiscal qui aurait autrement découlé de la déduction pour placements liée aux prêts en question. Le ministre soutenait que l'Impériale avait structuré les prêts de manière à obtenir les avantages qu'offraient des prêts à court terme, c'est-à-dire de bénéficier de la sécurité que représentait le fait d'avoir prêté à une banque, tout en profitant de la déduction pour placements, bien que celle-ci ne soit pas permise lorsqu'il s'agit d'un prêt à court terme à une banque. L'Impériale a donc profité, en prêtant à des filiales de banques, de la même sécurité commerciale que celle qu'elle aurait obtenue si elle avait prêté à la banque directement, mais elle avait droit à la déduction pour placements, laquelle ne lui aurait pas été accordée si elle avait prêté directement aux banques.

Le ministre conclut que les prêts constituaient des « opérations d'évitement » au sens du paragraphe 245(3) L.I.R. et qu'il était raisonnable de considérer que ces opérations entraînaient directement ou indirectement un abus des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble. Les conditions d'application du paragraphe 245(2) L.I.R. étaient donc remplies.

1.2. APPEL DEVANT LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT⁸

La Cour canadienne de l'impôt accueille l'appel de l'Impériale. En s'appuyant sur la méthode d'analyse proposée par le juge Rothstein dans l'arrêt *OSFC*⁹, la Cour analyse les conditions d'application de la DGAÉ face aux prêts consentis par l'Impériale. Cela l'amène aux conclusions suivantes à l'égard de la déduction pour placements réclamée par l'Impériale :

- « Avantage fiscal » : Le prêt consenti à REFCO¹⁰ avait procuré un avantage fiscal à l'Impériale au sens du paragraphe 245(1) L.I.R. puisque ce prêt avait eu pour résultat de réduire l'impôt dont l'Impériale aurait été redevable en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, n'eût été ce prêt.
- « Opération d'évitement » : L'objet principal du prêt à REFCO était d'obtenir un avantage fiscal.
- « Abus » : Le juge Mogan de la Cour canadienne de l'impôt conclut que le prêt n'avait pas entraîné d'abus (*misuse*) dans l'application de dispositions déterminées de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pour ce qui est de l'abus (*abuse*), le juge conclut que l'analyse des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble est relativement simple, car la Partie 1.3 L.I.R. s'apparente à « une loi d'imposition distincte interprétée dans le contexte beaucoup plus large de la *Loi de l'impôt sur le revenu* »¹¹. Étant donné que le but de « la déduction pour placements » prévue au paragraphe 181.2(4) L.I.R., est d'éviter la double imposition du capital, et qu'il y a risque de double imposition si la DGAÉ est appliquée aux trois prêts¹², le juge Mogan conclut qu'il n'y a pas abus.

⁸ 2002 D.T.C. 1954 (C.C.I.).

⁹ Précité, note 4 et [2001] C.A.F. 260.

¹⁰ La Cour a retenu le prêt de 200 M\$ consenti à REFCO comme représentatif des trois prêts consentis par l'Impériale aux filiales à part entière des deux banques.

¹¹ 2002 D.T.C. 1954 (C.C.I.), par. 62.

¹² Il est à noter que le ministre alléguait que REFCO n'était pas imposable en vertu de la Partie 1.3 L.I.R., mais il n'y avait aucune preuve à cet effet devant la Cour.

1.3. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE¹³

La Cour d'appel fédérale rejette l'appel de la Couronne. Les motifs du jugement sont rendus par « LA COUR ». Est-ce pour envoyer un message spécial que les motifs viennent de la Cour plutôt que sous la plume d'un juge de la Cour? Nous ne pouvons évidemment que spéculer sur les raisons de cette démarche inusitée de la part de la Cour!

1.3.1. Objet de la DGAÉ

La Cour d'appel fédérale amorce son analyse avec un commentaire sur l'objet de la DGAÉ. Son analyse commence avec la citation suivante de Vern Krishna : « La DGAÉ a pour objet de réprimer les procédés abusifs d'évitement fiscal qui échappent par ailleurs aux règles anti-évitement¹⁴. »

La Cour nous rappelle que la DGAÉ est la disposition antiévitement de « dernier recours ». La DGAÉ ne peut s'appliquer que si d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, incluant les règles antiévitement plus précises, n'empêchent pas un contribuable d'obtenir un avantage en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, avantage que le ministre trouve abusif. Pour la Cour d'appel fédérale, la DGAÉ est une disposition qui vise à offrir « un cadre permettant d'établir une distinction entre la volonté légitime des contribuables de minimiser leur impôt et les stratagèmes abusifs d'évitement fiscal »¹⁵.

1.3.2. Interprétation judiciaire de la DGAÉ

Tout comme le juge de la Cour canadienne de l'impôt, la Cour d'appel fédérale renvoie aux trois étapes d'analyse de la DGAÉ expliquées par le juge Rothstein dans l'affaire *OSFC*. Puis, elle s'attarde à la troisième étape, celle de se demander si l'opération a entraîné un « abus » dans l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au sens du paragraphe 245(4) L.I.R., puisque c'est cette étape que n'a pas franchie le ministre devant la Cour canadienne de l'impôt en défendant sa cotisation en vertu de la DGAÉ. Comme le dit la Cour d'appel fédérale,

« le tribunal doit cerner l'objet ou le principe ou les principes de base des dispositions applicables de la Loi et décider si l'opération d'évitement va à

¹³ [2004] C.A.F. 36.

¹⁴ Vern KRISHNA, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 7^e éd., Toronto, Carswell, 2002, p. 862.

¹⁵ *L'Impériale*, précité, note 7, par. 31.

l'encontre de cet objet ou de ce principe. Si c'est le cas, l'opération a entraîné un abus et la DGAÉ s'applique »¹⁶.

Cet énoncé de principe résume bien l'approche adoptée par les tribunaux à l'égard de la question d'abus jusqu'à présent. Là où la Cour d'appel semble aller un pas plus loin, c'est dans l'énoncé qui suit :

« En fait, on accorde au contribuable le bénéfice du doute. En conséquence, pour que la DGAÉ s'applique, il faut qu'il soit évident qu'il y a eu un abus dans l'application des dispositions pertinentes de la Loi ou dans l'application de la Loi dans son ensemble. Il ne suffit pas qu'un tribunal puisse raisonnablement considérer qu'il y a eu un abus dans l'application de la Loi¹⁷. » (Notre soulignement)

Est-ce qu'il s'agit vraiment d'une situation où l'on doit accorder au contribuable le bénéfice du doute, ou s'agit-il plus d'une question d'interprétation où la Cour doit simplement interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans son ensemble en lisant les dispositions particulières « dans le contexte des autres dispositions de la Loi et en harmonie avec celles-ci, de manière à obtenir un résultat conforme à l'agencement général de la Loi »¹⁸? La vraie question demeure la suivante : étant donné qu'au stade de la détermination de la question de l'abus, il a déjà été démontré que les opérations en question constituent des opérations d'évitement, le fardeau de démontrer qu'il ne s'agit pas d'opérations abusives devrait-il reposer sur les épaules du contribuable ou, au contraire, devrait-il incomber au ministre de démontrer que ces opérations d'évitement sont abusives? Nous aurons sûrement la réponse à cette question quand la Cour suprême rendra son jugement dans l'affaire *Canada Trustco Mortgage Co. c. La Reine*¹⁹.

¹⁶ *Id.*, par. 36.

¹⁷ *Id.*, par. 40.

¹⁸ Ce passage est pris des *Notes techniques* du ministre des Finances extraites du document intitulé CANADA, ministère des Finances, *Notes explicatives sur le projet de loi concernant l'impôt sur le revenu*, juin 1988.

¹⁹ 2003 D.T.C. 587 (C.C.I.); confirmé par 2004 D.T.C. 6119 (C.A.F.) (ci-après « *Canada Trustco Mortgage* »).

1.3.3. Le prêt a-t-il entraîné un abus (*misuse*) dans l'application des dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu?

La Cour d'appel fédérale conclut que :

« le ministre n'a pas réussi à établir que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur qui justifierait la révision de sa décision lorsqu'il a conclu qu'aucun abus n'avait été commis puisque le prêt n'allait à l'encontre d'aucun principe clair et non ambigu énoncé à la Partie 1.3 de la Loi considérée dans son ensemble »²⁰.

Examinons maintenant pourquoi la Cour d'appel fédérale est parvenue à cette conclusion, en s'arrêtant sur quelques principes généraux qui ressortent des commentaires de la Cour.

Premièrement, comme nous l'avons vu, la Cour doit cerner l'objet ou le principe ou les principes de base des dispositions applicables de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et décider si l'opération d'évitement va à l'encontre de cet objet ou de ce principe. Alors, comment doit-elle s'y prendre pour cerner l'objet ou le principe? « C'est à partir du texte même de la loi qu'on doit inférer le principe », dit-elle²¹. De plus, dit-elle,

« il faut recourir à des moyens extrinsèques, et notamment à la jurisprudence, au compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes, aux déclarations des ministres ou des ministères, aux notes explicatives, aux bulletins, aux circulaires, aux ouvrages de doctrine, aux périodiques etc. »²².

C'est donc ce que la Cour a fait. Une lecture de la décision révèle que la Cour d'appel, en plus des dispositions législatives en question, s'est fiée aux documents budgétaires, aux débats de la Chambre, à une déclaration du ministre Loiselle et à un article publié par l'Association canadienne d'études fiscales. Par contre, la Cour a été très claire aussi lorsqu'elle nous a rappelé qu'elle ne doit pas, lors de son analyse, tenir compte des opinions exprimées par l'ARC. À ce sujet, elle nous dit :

« Toutefois, les vues exprimées par l'ADRC sur l'applicabilité de la DGAÉ n'ont pas la force de loi. Elles ne permettent pas de savoir quel est le principe législatif fondamental des dispositions relatives à la déduction pour placement

²⁰ *L'Impériale*, précité, note 7, par. 87.

²¹ *Id.*, par. 49.

²² *Id.*

que ce prêt violerait. Elles n'ont pas non plus de valeur spéciale lorsqu'il s'agit d'interpréter ou d'appliquer la Loi²³. » (Notre soulignement)

Nous pouvons donc conclure de ce qui précède que toute tentative de la part du Procureur général ou, d'ailleurs, de la part du contribuable, de faire témoigner un fonctionnaire sur la question de l'interprétation souhaitée par le Parlement lors de l'adoption d'une disposition législative particulière, ou de mettre en preuve des **opinions déjà exprimées par un fonctionnaire** à ce sujet, **ne saurait être de quelque utilité** pour la Cour dans ces réflexions.

1.3.4. Les arguments du ministre et les motifs de leur rejet par la Cour

Le premier argument invoqué par l'avocat du ministre est qu'un des principes de base de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est de ne pas accorder une déduction pour placements dans le cas des prêts consentis à des institutions financières. Puisque la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'accorde pas de déduction pour placements dans le cas des prêts consentis à des institutions financières, elle doit être interprétée de façon à ne pas accorder une déduction pour placements lorsque le prêt d'argent est consenti à une filiale à part entière d'une institution financière qui a garanti le prêt. Cet argument a été rejeté facilement, la Cour étant d'avis que le prêt n'allait pas à l'encontre de l'objectif que visait le législateur fédéral en prévoyant qu'un prêt à court terme consenti à une institution financière ne donnait pas droit à une déduction pour placements. Selon la Cour, la Partie 1.3 L.I.R. n'a pas pour principe de décourager les prêts à court terme à des banques. La déduction n'est pas permise dans ce cas parce que ces prêts à court terme sont exclus du calcul du capital imposable de l'institution financière. Étant donné que REFCO n'est pas une institution financière, son capital imposable est calculé de la même manière que celui de toute autre société qui n'est pas une institution financière, et ces prêts y sont en principe inclus.

Le deuxième argument invoqué par l'avocat du ministre est que le fait de permettre à l'Impériale de conserver cet avantage fiscal équivaut à lui permettre d'obtenir indirectement ce qu'elle ne pouvait pas obtenir directement, c'est-à-dire d'obtenir l'avantage fiscal que représente une déduction pour placements tout en obtenant la garantie commerciale d'un prêt consenti à une banque. La Cour répond à cet argument en disant que l'avocat n'avait pas réussi à établir que l'Impériale avait prêté indirectement de l'argent à une banque. La banque et sa filiale étant deux personnes

²³ *Id.*, par. 64.

morales distinctes, ce n'est pas parce que la banque a garanti le prêt qu'elle doit être considérée comme l'emprunteur de l'argent prêté. En d'autres mots, il n'y avait « aucune contradiction entre l'effet de l'opération et sa forme juridique »²⁴. Cela étant dit, la Cour ne semble pas fermer la porte complètement à cet argument de « directement *versus* indirectement ». Si le cas se présentait encore, mais avec des faits supportant mieux la conclusion que le contribuable avait obtenu indirectement un avantage fiscal qu'il ne pouvait pas obtenir directement, la Cour laisse entendre que sa conclusion pourrait être favorable au ministre.

Troisièmement, l'avocat du ministre soutient que le principe fondamental des dispositions relatives à la déduction pour placements est enfreint parce que, si la déduction est accordée dans ce cas, cela permettrait au même montant de capital d'échapper à l'imposition tant entre les mains du prêteur qu'entre celles de l'emprunteur, vu la date de clôture d'exercice différente du prêteur et de l'emprunteur. Sur ce point, la Cour conclut tout simplement que « l'Impériale s'est sans doute prévalu d'une **lacune dans la législation fiscale** »²⁵, lacune que le législateur fédéral était parfaitement en mesure de prévoir, tout comme il avait prévu et empêché dans la législation le recours aux stratagèmes permettant de partager le capital entre les sociétés apparentées. Toutefois, la Cour semble avoir été très influencée par le fait que le prêt en question ne comportait « **aucun élément artificiel qui n'aurait pas visé un but commercial** »²⁶, et cela malgré le fait qu'il avait été établi à la satisfaction de la Cour qu'il s'agissait d'une opération d'évitement dont l'objet principal était d'épargner de l'impôt. « Il est difficile de qualifier cette opération d'audacieuse ou de hasardeuse »²⁷, dit la Cour. Est-ce que nous devons conclure de ces passages que seules les opérations sans aucun objet véritable, les opérations « audacieuses », peuvent être considérées comme abusives?

1.4. COMMENTAIRES DE JANE MEAGHER

Dans l'affaire *l'Impériale*, il est clair que la Cour d'appel fédérale a été influencée par la nature commerciale des opérations en question, malgré le fait que l'Impériale avait de toute évidence choisi de faire les prêts en question à REFCO pour obtenir l'avantage fiscal. Peut-être que la décision

²⁴ *Id.*, par. 73.

²⁵ *Id.*, par. 79.

²⁶ *Id.*, par. 77.

²⁷ *Id.*, par. 78.

aurait été différente si le prêt n'avait pas par ailleurs répondu aux critères habituels de l'Impériale pour investir son excédent d'encaisse et si les modalités de l'opération n'avaient pas été, comme le dit la Cour, « tout à fait ordinaires ». La décision semble en effet permettre au ministre de toujours garder l'espoir qu'il pourrait avoir plus de succès dans une autre cause où les opérations seraient moins « commerciales » et ainsi moins « sympathiques » pour le contribuable. Toutefois, la décision de cette même Cour qui a suivi, dans l'affaire *Canada Trustco Mortgage*, a sans doute noyé quelque peu les flammes d'espoir qui crépitaient toujours à la suite de l'arrêt *l'Impériale*. Il reste à attendre que la Cour suprême se prononce sur la question.

1.5. COMMENTAIRES DE WILFRID LEFEBVRE

Je ne sais pas si l'appel de la Couronne relevait d'un acte de courage comme le soutient ma consœur (« [...] la Couronne tentait vaillamment [...] »²⁸). Chose certaine, le résultat était hautement prévisible : REFCO n'est pas une banque et rien dans la législation ne laisse entrevoir que les prêts jouissant des mêmes avantages que ceux effectués en faveur d'institutions bancaires devraient recevoir le même traitement aux termes de la Partie I.3 L.I.R. et donc être non déductibles.

Je ne partage pas entièrement le point de vue de M^e Meagher quant au fardeau de preuve de l'existence ou de la non-existence d'un abus. À ce stade de l'analyse, les faits sont cernés et il est admis de part et d'autre que les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont remplies (sauf évidemment l'article 245 L.I.R.). Il relève alors, selon moi, de l'argumentation à savoir si oui ou non il y a eu abus. À cet égard, deux théories peuvent être mises de l'avant :

- a) La théorie « *Stubart* »²⁹. On se rappellera que la Cour suprême avait indiqué que la législation canadienne, dans sa rédaction d'alors, n'avait pas de DGAÉ et qu'en conséquence la Couronne ne pouvait invoquer une théorie générale de « réalité commerciale ». Suivant ce raisonnement, l'introduction de la mesure constituerait la réponse gouvernementale à la décision *Stubart* et, en conséquence, le paragraphe 245(4) L.I.R. ne ferait que confirmer que l'approche « objet et esprit de la loi » doit être suivie.

²⁸ *Supra*, p. 32:4.

²⁹ [1984] C.T.C. 294; [1984] 1 R.C.S. 536 (ci-après « *Stubart* »).

- b) La théorie « d'abus de droit », connue depuis fort longtemps des civilistes, est mise en application par la Cour suprême dans l'arrêt *Banque Nationale c. Houle*³⁰. À mon avis, c'est cette interprétation qui doit être privilégiée et son exercice requiert un examen des résultats (comme le dicte le paragraphe 245(2) L.I.R.) des transactions effectuées et leur conformité avec la politique fiscale décelée à l'aide d'une lecture d'ensemble de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Dernier commentaire : Dans sa conclusion, M^c Meagher maintient « l'espoir de sa cliente », l'ARC, dans des situations « moins commerciales », et ce, en dépit du fait qu'il était admis que les transactions en cause avaient conféré un avantage fiscal et constituaient des opérations d'évitement.

Avec beaucoup de respect et d'estime pour ma collègue, je dois avouer que, dans l'état actuel du droit, cet espoir est illusoire. Ce n'est que si la Cour suprême conclut à l'importation de théories économiques dans l'interprétation de la législation fiscale canadienne que « l'espoir » peut exister. Une lecture des décisions de la Cour suprême des 15 dernières années ne laisse pas présager un tel résultat.

2. CIT FINANCIAL LTD. C. LA REINE³¹ (JANE MEAGHER)

Introduction

Commcorp Financial Services Inc. (ci-après « Commcorp »), le prédécesseur de l'appelante, acquiert un logiciel en vertu d'un contrat de cession-bail. La série d'opérations menant à l'acquisition de ce logiciel donne lieu à une cotisation du ministre du Revenu national établie en vertu de la DGAÉ, que l'appelante porte en appel. La question en litige est celle de savoir si l'appelante a droit au plein montant de la déduction pour amortissement (ci-après « DPA ») qu'elle a réclamée à l'égard du logiciel acquis en 1993 au prix de 33 M\$. En s'appuyant sur la DGAÉ, le ministre avait refusé la déduction au complet. Il est à noter que, dans ce cas, le ministre avait pris comme première position l'application de la DGAÉ; sa position subsidiaire était que, puisque Commcorp avait acquis le logiciel d'une personne avec laquelle elle avait un lien de dépendance, le coût pour

³⁰ [1990] 3 R.C.S. 122.

³¹ 2003 D.T.C. 1138 (C.C.I.), [2004] C.A.F. 201 (C.A.F.) (ci-après « *CIT Financial* »).

elle était égal à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») du logiciel, ce qui selon le ministre n'était pas plus élevé que 13 M\$.

2.1. LES FAITS

BHP New Zealand Steel Ltd. (ci-après « BHP ») est une société de fabrication d'acier située en Nouvelle-Zélande. Elle est propriétaire d'un logiciel qu'elle utilise dans le cadre de ses opérations. La compagnie Commcorp obtient une évaluation de ce logiciel d'une compagnie australienne, MACC and Partners Australia Ltd. (ci-après « MACC »), qui s'élève à 33 M\$. Par suite d'une série d'opérations auxquelles ont participé des sociétés intermédiaires, BHP vend le logiciel et se le voit ensuite cédé à bail. Les opérations en question se résument ainsi : BHP vend le logiciel à Macquarie Leasing (NZ) Ltd. (ci-après « MLL ») pour 33 M\$ en échange d'un billet. MLL vend le logiciel à 1004583, une compagnie créée à cette fin pour 33 M\$ en échange d'un billet. 1004583 signe un contrat de cession-bail avec Eagle Financial and Leasing Services Ltd. (ci-après « Eagle »), une compagnie des îles Cayman, filiale de la Barclays Bank. Le bail est fait pour une durée de 11 ans avec une option d'achat. Commcorp emprunte 28 M\$ de Barclays en vue d'acheter le logiciel de 1004583. Cet emprunt est garanti par le loyer dû en vertu du bail et le montant payable à la fin du bail. Il s'agit d'un prêt dont le recours est limité aux paiements cédés. Eagle et MLL concluent un contrat de sous-location et de licence (selon les mêmes termes que le contrat de cession-bail entre 1004583 et Eagle), mais MLL doit payer par anticipation la somme de 32 M\$ dû en vertu du bail. MLL et BHP concluent aussi une entente de sous-sous-location et de licence (selon les mêmes termes que le contrat entre Eagle et MLL) et BHP fait également un paiement par anticipation à MLL de 32 M\$. Puis, 1004583 vend le logiciel à Commcorp quelques jours plus tard pour 33 M\$. Circularité des fonds : **28 M\$ de Barclays Bank à Commcorp**, 33 M\$ de Commcorp à 1004583, à MLL et finalement à BHP, puis le retour de 32 M\$ de BHP à MLL à Eagle. Eagle paie 4 M\$ à Barclays (qui sont utilisés pour acheter une débenture qui vaudra au-delà de 8 M\$ à la date de maturité) et retient **le solde de 28 M\$ pour effectuer les paiements cédés à Barclays**. Le montant de 1,1 M\$ est aussi payé en tant que commission par Commcorp à MLL. Commcorp inclut la somme de 34,1 M\$ comme coût de biens amortissables de la catégorie 12 et déduit une somme de 17,3 M\$ en DPA dans le calcul de son revenu pour l'année, montant qui est refusé par le ministre.

2.2. ARGUMENTS DES PARTIES

L'appelante prétend que le logiciel a été acquis pour 33 M\$ et qu'elle a donc droit à une DPA sur ce montant. Le ministre soutient que le coût en

capital du logiciel est limité à sa JVM. Puisque la JVM du logiciel était beaucoup moins élevée que le prix payé pour l'acquérir, la DGAÉ s'appliquait, permettant ainsi au ministre de refuser la déduction au complet. Subsidiairement, le ministre soutenait que l'article 69 L.I.R. s'appliquait pour venir limiter le coût en capital du logiciel à sa JVM.

2.3. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT³²

Le juge Bowman entreprend, en premier lieu, l'analyse des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* autres que celles concernant la DGAÉ, sur lesquelles la cotisation était fondée. Après avoir entendu le témoignage des deux experts sur le sujet, il conclut que la méthode utilisée par le témoin expert du ministre était à retenir plutôt que celle utilisée par le témoin expert de l'appelante. De ce fait, il juge que la JVM du logiciel est égale à 13 M\$ et conclut que la DPA devait être calculée en utilisant ce montant pour déterminer le coût du logiciel.

Puis, le juge Bowman passe à l'analyse de la DGAÉ. Ses premiers commentaires concernent le fait que la cotisation du ministre a pour effet de refuser la totalité de la DPA demandée par l'appelante. Pour le juge Bowman, ce résultat est manifestement déraisonnable. Puis, il critique la Couronne d'avoir mis en avant des allégations voulant que les opérations constituent un trompe-l'œil, que le logiciel n'avait pas été acquis ou qu'il n'avait pas été acquis pour gagner un revenu, ces allégations étant incompatibles avec l'application de la DGAÉ. Ces allégations furent d'ailleurs abandonnées par la Couronne. Par contre, le juge Bowman, tout en reconnaissant la validité des opérations, reconnaît aussi qu'il s'agit d'opérations circulaires :

« The schedules however demonstrate something else—the essential circularity of the transaction. \$33,000,000 was inserted at one end and it ended up back where it started. The only thing that did not move was the software. It stayed where it started—with BHP. No one—Commcorp, the bank, Eagle, BHP or anyone else in the chain—bore the slightest risk³³. »

Ce sont ces opérations circulaires qui donnent comme résultat l'avantage fiscal dont se plaint le ministre, c'est-à-dire une DPA qui est basée sur un prix gonflé. Quelle approche prendre, alors? Comme le dit le juge, il faut examiner en premier lieu les dispositions de la *Loi de l'impôt sur*

³² 2003 D.T.C. 1138.

³³ *Id.*, par. 28.

le revenu autres que celles de la DGAÉ. Ce n'est que si ces autres dispositions n'ont pas pour effet d'éliminer le résultat considéré comme abusif par le ministre que ce dernier peut considérer l'application de la DGAÉ. Dans ce cas-ci, c'est l'article 69 L.I.R., une règle antiévitement spécifique, qui apporte la solution voulue par le ministre et qui, de ce fait, rend inapplicable la DGAÉ. Comme le dit le juge Bowman, en partant de la prémisse que le logiciel a été acquis en vue de gagner du revenu et que le coût est égal à la JVM, soit 13 M\$, il n'y a plus de place pour la DGAÉ. De ce fait, les opérations ne sont plus des opérations d'évitement puisqu'il n'y a plus d'avantage fiscal. De plus, l'abus qui résulte de la réclamation de la DPA sur un coût artificiellement gonflé est éliminé puisque la DPA est, par suite de l'application de l'article 69 L.I.R., calculée sur le montant de la JVM. En raison du fait que l'application de l'article 69 L.I.R. a pour effet d'éliminer l'abus, il va de soi que le ministre ne peut invoquer la DGAÉ mais qu'il doit se contenter d'appliquer la disposition spécifique qui en arrive au même résultat.

Par contre, l'analyse que le juge Bowman fait de la DGAÉ et de l'approche qu'il utiliserait s'il devait appliquer la DGAÉ est, dans ce cas (s'il n'y avait pas eu l'article 69 L.I.R.), intéressante. Le juge Bowman nous laisse entendre que, s'il avait eu à appliquer la DGAÉ, il aurait accepté de le faire, non pas pour refuser l'entièreté de la DPA réclamée, mais seulement pour éliminer l'avantage résultant du fait que le coût utilisé par le contribuable était plus élevé que la JVM. L'abus, d'après lui, venait du fait que la DPA était réclamée sur un prix gonflé; le remède approprié était donc d'appliquer la DGAÉ pour réduire le prix au montant de la JVM. Vu de cette façon, on peut certainement apprécier le fait qu'il ne voyait aucune ouverture pour l'application de la DGAÉ, ayant obtenu le même résultat en appliquant l'article 69 L.I.R.

2.4. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE³⁴

La Cour d'appel fédérale n'a pas eu à considérer l'application de la DGAÉ puisque la Couronne s'est désistée de son appel incident, relativement à cette question, avant l'audition de l'appel.

En ce qui concerne la question de l'application de l'article 69 L.I.R., la Cour d'appel fédérale confirme le jugement de la Cour canadienne de l'impôt à cet égard. Comme prémisse de base, la Cour d'appel accepte que malgré la règle générale voulant que le « coût » d'un bien devant servir à

³⁴ [2004] C.A.F. 201.

déterminer la DPA soit le montant d'argent que le contribuable paie pour l'acquérir, l'article 69 L.I.R. limite le coût en capital, dans le cadre d'une opération avec lien de dépendance, à la JVM. Comme le dit le juge Sexton :

« Par conséquent, il ne faut pas seulement examiner ce que les ententes formelles prévoient au sujet du prix payé par Comcorp pour le logiciel, mais déterminer le coût de celui-ci en fonction de sa juste valeur marchande³⁵. »

Ainsi, la Cour d'appel fédérale considère que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a déterminé que le revenu tiré du bail ne reflétait pas la JVM du logiciel. Dans les circonstances de l'espèce, les parties avaient déterminé au préalable le montant des paiements de location en se fondant sur la valeur indiquée dans le rapport de la compagnie MACC, qui était d'environ 20 M\$ trop élevée. Par conséquent, dans la mesure où le logiciel était surévalué, la valeur de location ne donnait pas non plus un portrait fidèle de la valeur du logiciel. Pour reprendre les paroles du juge Bowman en première instance, n'importe quel chiffre aurait fait l'affaire puisque tout l'argent revenait à la case de départ³⁶. Ainsi, la Cour d'appel fédérale conclut que le juge de la Cour canadienne de l'impôt n'a commis aucune erreur en établissant la JVM du logiciel.

2.5. COMMENTAIRES DE JANE MEAGHER

À la suite de l'analyse que nous fait le juge Bowman en première instance, nous pouvons tout de même nous poser la question suivante : pourquoi la Cour canadienne de l'impôt n'a-t-elle pas jugé bon d'appliquer la DGAÉ dans le cas de *Canada Trustco Mortgage*? Pourtant, les faits sont très similaires dans les deux cas et les opérations étaient certainement aussi circulaires dans l'affaire *Canada Trustco Mortgage* qu'ils l'étaient dans l'affaire *CIT Financial*. De plus, l'obstacle à l'application de la DGAÉ qui était présent dans l'affaire *CIT Financial*, c'est-à-dire la possibilité d'appliquer l'article 69 L.I.R. et ainsi de corriger l'abus en utilisant une règle spécifique, n'était pas là dans l'affaire *Canada Trustco Mortgage* puisque le ministre ne mettait pas en doute la JVM attribuée par l'appelante aux biens acquis par cette dernière. Si la Cour peut concevoir, lorsque les conditions d'application de l'article 69 L.I.R. sont présentes, de rajuster le coût en capital d'un bien pour que celui-ci reflète la JVM du bien aux fins de la DPA, pourquoi ne peut-elle pas accepter de rajuster le coût pour qu'il reflète le vrai coût pour le contribuable en utilisant l'article 245 L.I.R.? Après tout,

³⁵ *Id.*, par. 5.

³⁶ Voir le paragraphe 29 du jugement de la Cour canadienne de l'impôt.

malgré le fait qu'en règle générale le « coût » d'un bien aux fins de la DPA soit la somme d'argent payée pour l'acquérir, « il ne faut pas seulement examiner ce que les ententes formelles prévoient »³⁷.

2.6. COMMENTAIRES DE WILFRID LEFEBVRE

Quelques commentaires sur les arrêts *CIT Financial* et *Canada Trustco Mortgage* :

- a) Le résultat dans l'arrêt *CIT Financial* est fonction de la détermination de la JVM du logiciel acquis. Le juge Bowman, et la Cour d'appel fut d'accord, conclut à une valeur de 13 M\$ (plutôt que de 33 M\$ comme le soutenait la contribuable). Ce faisant, les Cours canadienne et d'appel ne tinrent pas compte du fait que le logiciel avait été acquis en étant soumis à des baux qui procuraient un revenu de l'ordre de 57 M\$.

La question se pose donc de savoir si une valeur devait être attribuée à ces tenures à bail. Si la réponse est négative, le résultat est extrêmement pénalisant : la contribuable ne peut avoir de l'allocation du coût en capital que sur une somme de 13 M\$, mais elle se voit imposée sur les revenus de loyer de 57 M\$ puisque aucun rajustement n'est prévu, et ce, même si tous reconnaissent la circularité des transactions.

- b) La décision *Canada Trustco Mortgage* soulève le débat fondamental : pour déterminer le « coût » d'un bien, doit-on tenir compte du résultat économique des transactions ou doit-on strictement s'en tenir à une analyse juridique. Il fait peu de doute que, sur le plan économique, *Canada Trustco Mortgage* n'assumait aucun risque et se voyait compensée immédiatement, par le biais de loyers payés d'avance, pour les sommes déboursées lors de l'acquisition des remorques. La même situation était présente dans le dossier *CIT Financial*. Cependant, sur le plan juridique, il s'agissait de transactions distinctes et dont le traitement fiscal entraînait des déductions immédiates et des impositions futures.
- c) La Cour suprême entendra en mars prochain la cause *Canada Trustco Mortgage*. La seule question soulevée sera l'application de la mesure générale. Une défaite de l'ARC confirmerait que la mesure n'emporte pas de considérations économiques. C'est d'ailleurs le résultat auquel en

³⁷ [2004] C.A.F. 201, par. 5

est arrivé récemment la Chambre des lords dans la décision *Barclays Mercantile Business Finance Ltd. c. Mawson (Inspector of Taxes)*³⁸.

3. KAULIUS, E. ET AUTRES C. LA REINE³⁹ (JANE MEAGHER)

Introduction

Il s'agit de la suite de l'affaire *OSFC*, dont l'attaque est menée par les associés de *OSFC Holdings Ltd.* Ces derniers, tout comme *OSFC Holdings Ltd.*, se sont vu refuser certaines pertes qu'ils avaient réclamées, par suite de l'application de la DGAÉ par le ministre du Revenu national. Les associés qui ont interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt soulèvent des arguments d'ordre constitutionnel en plus des mêmes arguments qui avaient été précédemment soulevés par *OSFC Holdings Ltd.*

3.1. LES FAITS

Les faits dans cette affaire sont les mêmes que ceux en cause dans l'affaire *OSFC*. La compagnie *Standard Trust* (ci-après « *Standard* »), qui accordait des prêts garantis par des hypothèques sur des immeubles, est devenue insolvable en 1991 et la Cour de l'Ontario ordonna qu'elle soit liquidée. Elle nomma un liquidateur à cette fin, *Ernst & Young*, qui, en vue d'obtenir la meilleure réalisation possible de la disposition des actifs de *Standard*, a effectué les opérations suivantes :

- 1) *Standard* constitue une filiale en propriété exclusive.
- 2) *Standard* et la filiale forment une société de personnes, *STIL II*, dans laquelle *Standard* détient une participation de 99 % et la filiale, une participation de 1 %.
- 3) *Standard* transfère le portefeuille de prêts hypothécaires à *STIL II* comme apport de capital et prête suffisamment d'argent à la filiale pour qu'elle puisse faire son apport de capital.
- 4) En raison du paragraphe 18(13) L.I.R., le coût du portefeuille pour *STIL II* correspond au coût d'origine pour *Standard* (85 368 872 \$); à cette époque, la JVM du portefeuille est d'environ 33 262 000 \$.

³⁸ [2004] U.K.H.L. 51.

³⁹ 2002 D.T.C. 1637 (C.C.I.), [2003] C.A.F. 371 (ci-après « *Kaulius* »).

- 5) Standard vend sa participation de 99 % dans la société de personnes STIL II à OSFC Holdings Ltd., une société sans lien de dépendance avec Standard.
- 6) OSFC forme une société de personnes, SRMP, avec un certain nombre d'investisseurs, dont les appelants.
- 7) OSFC transfère sa participation dans STIL II à SRMP en échange d'une participation de 24 % dans SRMP.
- 8) STIL II déclare une perte de 52 M\$ résultant de la vente de trois biens et de la réduction de valeur des biens restants. STIL II se voit attribuer 99 % de cette perte, laquelle est ensuite attribuée aux associés de SRMP. Les appelants déduisent leur part de la perte lors du calcul de leurs revenus imposables en 1993 et 1994.

3.2. DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT⁴⁰

Le juge Dussault, suivant la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC*, tranche que les opérations en cause constituent une série d'opérations d'évitement qui ont donné lieu à un avantage fiscal pour les appelants. Il conclut également que les opérations entraînent un abus dans l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans son ensemble et que le ministre avait eu raison d'appliquer la DGAÉ pour refuser la déduction des pertes en question.

De plus, le juge Dussault rejette les arguments d'ordre constitutionnel soulevés par les appelants.

3.3. DÉCISION DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE⁴¹

Devant la Cour d'appel fédérale, les appelants soulèvent les trois questions suivantes :

- 1) L'analyse dans l'affaire *OSFC* portant sur l'abus dans l'application du paragraphe 245(4) L.I.R., sur laquelle le juge Dussault s'est fondé, est-elle valable?

⁴⁰ 2002 D.T.C. 1637.

⁴¹ [2003] C.A.F. 371 (ci-après « *Kaulius – C.A.F.* »).

- 2) La DGAÉ est-elle inconstitutionnelle parce que contraire à l'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴²?
- 3) La DGAÉ est-elle inconstitutionnelle parce que contraire à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴³?

3.3.1. L'analyse dans l'affaire OSFC portant sur l'abus est-elle valable?

La Cour d'appel fédérale, dans l'affaire *OSFC*, avait conclu que la politique générale sous-tendant la *Loi de l'impôt sur le revenu* interdisait le transfert entre contribuables sans lien de dépendance de pertes autres qu'en capital. Dans les circonstances de l'affaire *OSFC*, les opérations d'évitement avaient eu pour résultat le transfert de la perte de Standard à un contribuable sans lien de dépendance, l'affaire *OSFC*, par application du paragraphe 18(13) L.I.R. et des règles régissant les sociétés de personnes que l'on trouve à l'article 96 L.I.R. Dans l'affaire *Kaulius*, les appelants soutenaient que l'analyse de la Cour était fautive parce que certaines dispositions que les appelants invoquaient n'avaient pas été portées à l'attention de la Cour.

La Cour d'appel fédérale rejette cet argument, jugeant que les appelants ne faisaient qu'invoquer des dispositions additionnelles au soutien d'un argument qui avait déjà été avancé par *OSFC Holdings Ltd.* Cela ne suffisait pas pour que la Cour envisage de renverser sa décision antérieure.

3.3.2. La DGAÉ est-elle contraire à l'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Les appelants prétendent que le libellé de la DGAÉ est tellement imprécis que le ministre se voit ainsi déléguer un pouvoir d'établir des politiques et d'établir un nouvel impôt. La Cour rejette les arguments des appelants à cet égard, concluant ce qui suit :

« Bien que l'article 245 autorise le ministre à établir une nouvelle cotisation en se fondant sur la politique générale de la Loi plutôt que sur des dispositions spécifiques de la Loi autres que l'article 245, cette politique générale émane du législateur et est interprétée par les tribunaux. On a délégué au ministre nul

⁴² (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

⁴³ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, L.R.C. (1985), app. II, n° 44 (ci-après « *Charte* »).

pouvoir d'établir des politiques, non plus qu'un nouvel impôt, de sa propre initiative⁴⁴. »

3.3.3. La DGAÉ est-elle contraire à l'article 7 de la Charte?

Les appelants soutenaient que le droit à la liberté et à la sécurité prévu à l'article 7 de la *Charte* comprenait le droit d'échapper à l'imposition arbitraire et indéterminée. Ils soutenaient, de plus, que l'expression « abus » au paragraphe 245(4) L.I.R. ne pouvait se voir attribuer un sens « noyau » (a « *core* » meaning) et, par conséquent, était inconstitutionnelle parce que trop imprécise.

La Cour d'appel fédérale rejette ces arguments pour deux motifs. Premièrement, elle refuse de reconnaître qu'établir une nouvelle cotisation donne lieu à une atteinte à la liberté ou à la sécurité de la personne. Le droit qui entre en jeu lorsqu'on établit de nouvelles cotisations est un droit économique et l'article 7 de la *Charte* n'englobe pas ce genre de droit. Deuxièmement, de l'avis de la Cour d'appel fédérale, le paragraphe 245(4) L.I.R. n'est pas inconstitutionnel pour motif d'imprécision. Si la loi constitue un guide suffisant pour un débat judiciaire et peut donner lieu à une interprétation cohérente par les tribunaux, la loi n'est pas imprécise. Étant donné que le paragraphe 245(4) L.I.R. a déjà été interprété et appliqué par les tribunaux à plusieurs reprises, les exigences de précision sont remplies et l'argument des appelants doit être rejeté.

3.4. LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Le 24 juin 2004, la Cour suprême du Canada a accordé la demande de permission d'appeler des appelants dans cette affaire ainsi que la demande de permission d'appeler de la Couronne dans l'affaire *Canada Trustco Mortgage*.

À ce jour, le mémoire des appelants n'ayant pas été déposé à la Cour suprême du Canada, nous ne pouvons que spéculer sur les arguments qu'ils avanceront devant la Cour. Si nous nous fions au contenu de la demande de permission, nous pouvons tout de même constater que les appelants auraient laissé tomber les arguments sur l'inconstitutionnalité de la DGAÉ qu'ils avaient présentés devant la Cour d'appel fédérale. Par contre, l'argument selon lequel la DGAÉ serait invalide parce que trop vague et imprécise demeure le cheval de bataille des appelants. L'exigence d'une politique

⁴⁴ *Kaulius* – C.A.F., précité, note 41, par. 22.

claire et non ambiguë, proposée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *OSFC*, serait trop vague. Les tribunaux n'auraient pas les outils nécessaires pour déterminer quelle est la politique générale sous-tendant la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ce qui rend tellement difficile l'application de la DGAÉ dans des cas précis où l'article 245 L.I.R. doit être déclaré nul pour cause d'incertitude (*void for vagueness*).

3.5. COMMENTAIRES DE JANE MEAGHER

Comme l'a signalé la Cour d'appel fédérale, les tribunaux ont réussi jusqu'à présent à déterminer la politique générale applicable dans les diverses situations qui leur ont été présentées et à donner une interprétation cohérente de la DGAÉ dans chaque cas. Comment la Cour pourrait-elle conclure dans les circonstances que l'article 245 L.I.R. est si vague que cela pose des problèmes sérieux d'application? En quoi est-ce différent du mandat général accepté par les tribunaux d'appliquer la règle moderne d'interprétation et d'interpréter les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* autres que celles portant sur la DGAÉ selon l'objet et l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et en tenant compte du contexte des dispositions particulières et de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lue dans son ensemble?

3.6. COMMENTAIRES DE WILFRID LEFEBVRE

La décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *OSFC* a été commentée à de nombreuses reprises. Il n'y a donc pas lieu de reformuler ces commentaires.

L'intérêt de la décision *Kaulius* est évidemment, en tout premier lieu, le fait que la Cour suprême ait consenti à entendre cette cause. Ainsi, le plus haut tribunal du pays se prononcera sur le champ d'application de la mesure générale.

D'autre part, tant la Cour canadienne que la Cour d'appel fédérale ont eu à se prononcer sur les arguments constitutionnels soulevés au soutien de l'inconstitutionnalité de la mesure. À juste titre, comme le souligne M^e Meagher, les tribunaux ont conclu à la constitutionnalité de ces mesures : ce n'est pas parce qu'une disposition législative peut être difficile à interpréter qu'il faut conclure à sa nullité.

**PANEL SUR LES NOUVEAUTÉS EN MATIÈRE DE VÉRIFICATION
FISCALE ET POT-POURRI ADMINISTRATIF**



Jules Brossard
Avocat
De Grandpré Chait
s.e.n.c.r.l.



Stéphane Eljarrat
Avocat
Davies Ward Phillips &
Vineberg s.e.n.c.r.l., s.r.l.



Michel Dansereau
Avocat
Ministère de la Justice
du Québec



Robert Labelle
CGA
Agence du revenu
du Canada



Gilles Bernard
LL. L., D.D.N.
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (MICHEL DANSEREAU)

Diverses applications de l'arrêt *Jarvis*

INTRODUCTION	33:7
1. LES DÉCISIONS EN MATIÈRE D'APPEL DE COTISATION	33:10
1.1. <i>MORLEY C. LA REINE</i>	33:10
1.2. <i>WARAWA C. LA REINE</i>	33:12
1.3. <i>VALOIS C. LA REINE</i>	33:14
1.4. <i>PETIT C. CANADA</i>	33:15
2. LES DÉCISIONS EN MATIÈRE D'ÉVASION FISCALE ET DE FRAUDE LIÉE À L'APPLICATION DES LOIS FISCALES	33:16
2.1. <i>KLIGMAN C. MRN</i>	33:17
2.2. <i>STANFIELD C. MRN</i>	33:19
2.3. <i>BISSON C. QUÉBEC (JUGE DE PAIX)</i>	33:21
2.4. <i>LA REINE C. DIAL DRUG STORES LTD.</i>	33:22
2.5. <i>LA REINE C. WILDER</i>	33:25
2.6. <i>LA REINE C. BJELLEBO</i>	33:29
2.7. <i>LA REINE C. FOY</i>	33:30
2.8. <i>LA REINE C. ANDERSON ET LA REINE C. SAKO'S HOLDINGS LTD.</i>	33:31
3. LES DÉCISIONS RENDUES EN D'AUTRES MATIÈRES	33:32
3.1. <i>LA REINE C. MERCER</i>	33:32
3.2. <i>BOUCHARD C. LA REINE</i>	33:34
3.3. <i>LA REINE C. MILLIGAN</i>	33:34
CONCLUSION	33:35

PARTIE B (STÉPHANE ELJARRAT)

Les enquêtes à caractère pénal – Les arrêts *Jarvis* et *Ling* : le
« Rubicon » deux ans plus tard

INTRODUCTION	33:37
1. LE DOUBLE MANDAT DE L'ARC	33:38
1.1. EN MATIÈRE CRIMINELLE	33:38
1.2. EN MATIÈRE CIVILE	33:40

2.	GARANTIES JURIDIQUES	33:42
2.1.	LE « RUBICON »	33:42
2.2.	LES GARANTIES CONSTITUTIONNELLES	33:43
3.	DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS.....	33:45
3.1.	<i>JTI-MACDONALD CORP. C. SMRQ</i>	33:45
3.2.	<i>KLINGMAN C. MRN</i>	33:46
3.3.	<i>DWYER C. LA REINE</i>	33:51
3.4.	<i>LA REINE C. DIAL DRUG LIMITED</i>	33:54
	CONCLUSION	33:58

PARTIE C (JULES BROSSARD)

Les divulgations volontaires

	INTRODUCTION	33:60
1.	LES DIVULGATIONS VOLONTAIRES AVANT 1994	33:60
2.	FORMULE MARCEL ROBERT – JEAN DORÉ.....	33:60
3.	FORMULE APPLIQUÉE DEPUIS OCTOBRE 2002.....	33:61
4.	DIVULGATIONS EN MATIÈRE DE TPS – TVQ	33:63

PARTIE D (ROBERT LABELLE)

Les nouvelles orientations de l'Agence du revenu du Canada

1.	NOUVELLES ORIENTATIONS DE L'AGENCE DU REVENU DU CANADA.....	33:64
2.	RAPPORT DE LA VÉRIFICATRICE GÉNÉRALE DU CANADA	33:64
3.	PROGRAMMES DE VÉRIFICATION EN COURS ET À VENIR	33:65
4.	CENTRE D'INFORMATION CONJOINT SUR LES ABRIS FISCAUX INTERNATIONAUX.....	33:66
5.	IMPACTS DES DÉCISIONS <i>LA REINE C. LING</i> ET <i>LA REINE C. JARVIS</i>	33:66
6.	IMPACTS FISCAUX NATIONAUX DES EFFORTS DE VÉRIFICATION DANS LE DOMAINE DE L'ÉVITEMENT FISCAL AU COURS DES CINQ DERNIERS EXERCICES	33:68
7.	PROGRAMME DES DIVULGATIONS VOLONTAIRES	33:70

PARTIE E (GILLES BERNARD)

Lutte contre l'évasion fiscale – Programmes en cours et à venir

**1. HISTORIQUE SOMMAIRE DE LA LUTTE
CONTRE L'ÉVASION FISCALE 33:71**

2. ACTIVITÉS DE RÉCUPÉRATION FISCALE 33:74

CONCLUSION 33:76

PARTIE A

Diverses applications de l'arrêt *Jarvis*

Michel Dansereau, avocat
Ministère de la Justice du Québec

INTRODUCTION¹

Il y a bientôt deux ans que la Cour suprême du Canada a prononcé l'arrêt *La Reine c. Jarvis*², qui a permis de clarifier les principes applicables à l'utilisation dans les poursuites pour évasion fiscale des renseignements et documents obtenus lors de l'exercice des pouvoirs de vérification prévus dans les lois fiscales.

Cette clarification était certes nécessaire compte tenu de l'éventail des positions sur cette question prises par les tribunaux d'instance et d'appel provinciaux³. C'est que l'examen de cette question nécessitait que l'on puisse fixer la ligne de démarcation entre une vérification et une enquête aux fins de l'application des lois fiscales, le plus souvent la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴. Or, cette ligne de démarcation a été fixée tantôt à partir du moment où il existait des « soupçons raisonnables » quant à la perpétration d'une infraction, tantôt lorsque les autorités fiscales décident de porter des accusations criminelles, d'autres fois à l'une des positions intermédiaires entre ces deux pôles.

Finalement, c'est le critère de « l'objet prédominant » qui a été retenu⁵ :

« À notre avis, lorsqu'un examen dans un cas particulier a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, les

¹ Les opinions exprimées dans ce texte sont celles de l'auteur et ne représentent pas la position officielle du ministère de la Justice du Québec, ni la position du ministère du Revenu du Québec ou celle de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »).

² [2002] 3 R.C.S. 757 (ci-après « *Jarvis* »).

³ *Id.*, par. 85-87.

⁴ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »); il est à noter que la Partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985) c. E-15 et mod., et la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31 et mod., comportent des textes créateurs d'infractions similaires à l'article 239 L.I.R.

⁵ *Jarvis*, précité, note 2, par. 88.

fonctionnaires de l'ADRC⁶ doivent renoncer à leur faculté d'utiliser les pouvoirs d'inspection et de demande péremptoire que leur confèrent les par. 231.1(1) et 231.2(1). Essentiellement, les fonctionnaires [TRADUCTION] "franchissent le Rubicon" lorsque l'examen crée la relation contradictoire entre le contribuable et l'État. Il n'existe pas de méthode claire pour décider si tel est le cas. Pour déterminer si l'objet prédominant d'un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable, il faut plutôt examiner l'ensemble des facteurs qui ont une incidence sur la nature de cet examen. »

Au paragraphe 94, les juges Iacobucci et Major (rendant jugement pour la Cour) ont exposé la liste de ces facteurs :

« À cet égard, le juge de première instance examinera tous les facteurs, y compris les suivants :

- a) Les autorités avaient-elles des motifs raisonnables de porter des accusations? Semble-t-il, au vu du dossier, que l'on aurait pu prendre la décision de procéder à une enquête criminelle?
- b) L'ensemble de la conduite des autorités donnait-elle à croire que celles-ci procédaient à une enquête criminelle?
- c) Le vérificateur avait-il transféré son dossier et ses documents aux enquêteurs?
- d) La conduite du vérificateur donnait-elle à croire qu'il agissait en fait comme un mandataire des enquêteurs?
- e) Semble-t-il que les enquêteurs aient eu l'intention d'utiliser le vérificateur comme leur mandataire pour recueillir des éléments de preuve?
- f) La preuve recherchée est-elle pertinente quant à la responsabilité générale du contribuable ou, au contraire, uniquement quant à sa responsabilité pénale, comme dans le cas de la preuve de la *mens rea*?
- g) Existe-t-il d'autres circonstances ou facteurs susceptibles d'amener le juge de première instance à conclure que la vérification de la conformité à la loi était en réalité devenue une enquête criminelle?

Il faut aussi souligner que le présent pourvoi concerne l'ADRC. Il se pourrait toutefois que d'autres ministères ou organismes gouvernementaux fédéraux ou provinciaux aient des structures organisationnelles différentes. Il pourrait alors

⁶ Agence des douanes et du revenu du Canada, maintenant l'Agence du revenu du Canada.

être nécessaire, pour cette raison, d'appliquer certains facteurs, dont les facteurs qui précèdent, en tenant compte de leur contexte particulier. »

Il importe aussi de souligner que la Cour a pris soin de limiter les effets de son arrêt sur les examens effectués dans le but de déterminer la responsabilité fiscale du contribuable. Elle s'en est exprimée comme suit (au paragraphe 97) :

« Le critère de l'objet prédominant n'empêche pas l'ADRC de mener parallèlement une enquête criminelle et une vérification administrative. Le fait que l'ADRC enquête sur la responsabilité pénale d'un contribuable n'écarter pas la possibilité que soit menée simultanément une enquête dont l'objet prédominant consiste à évaluer l'obligation fiscale du même contribuable. Toutefois, si une enquête sur la responsabilité pénale est engagée postérieurement, les enquêteurs peuvent utiliser les renseignements obtenus conformément aux pouvoirs de vérification avant le début de l'enquête criminelle, mais non les renseignements obtenus conformément à ces pouvoirs après le début de l'enquête sur la responsabilité pénale. Cela vaut tout autant lorsque les enquêtes touchant la responsabilité pénale et l'obligation fiscale visent la même période d'imposition. Tant que l'enquête parallèle a effectivement pour objet prédominant d'évaluer l'obligation fiscale du contribuable, les vérificateurs peuvent continuer d'avoir recours aux par. 231.1(1) et 231.2(1). Il pourrait bien survenir des circonstances dans lesquelles les fonctionnaires de l'ADRC qui évaluent l'obligation fiscale du contribuable voudront l'informer qu'une enquête criminelle est également en cours et qu'il n'est pas tenu de se soumettre aux pouvoirs de contrainte prévus par les par. 231.1(1) et 231.2(1) pour les besoins de l'enquête criminelle. Par contre, les autorités pourraient décider d'avoir recours à la procédure de délivrance d'un mandat de perquisition prévue aux art. 231.3 de la LIR ou 487 du *Code criminel* pour avoir accès aux documents nécessaires à l'enquête criminelle. En d'autres termes, les pouvoirs de contrainte conférés par les par. 231.1(1) et 231.2(1) ne peuvent être exercés pour obtenir des déclarations verbales ou la production de documents écrits dans le but de faire progresser une enquête criminelle. »

Je me propose, dans le présent texte, de passer en revue quelques décisions où l'on a invoqué l'arrêt *Jarvis*, afin d'illustrer les diverses applications des principes établis par cet arrêt. Je m'intéresserai également, le cas échéant, aux motifs justifiant l'utilisation ou l'exclusion de la preuve obtenue illégalement selon l'arrêt *Jarvis*.

J'ai divisé cette présentation en trois parties, selon la nature de l'affaire examinée : d'abord, les appels de cotisation; puis, les poursuites pour évasion fiscale ou pour fraude en relation avec l'application des lois fiscales (y compris les contestations de mandats de perquisition et de demandes péremptoires); et, enfin, les autres poursuites pénales.

1. LES DÉCISIONS EN MATIÈRE D'APPEL DE COTISATION

Quatre décisions ont ici été relevées dans lesquelles le contribuable a invoqué l'arrêt *Jarvis*. Dans chacun de ces cas, la section des enquêtes était concernée par le dossier du contribuable en cause.

1.1. MORLEY C. LA REINE⁷

Le jugement dans cette affaire a été rendu par le juge Archambault, le 13 avril 2004.

Cette affaire porte principalement sur le refus de l'ARC d'accorder au contribuable, M. Morley, sa quote-part d'une perte calculée par la société en commandite dont il était un membre commanditaire.

Outre les motifs de contestation de la cotisation d'ordre fiscal, le contribuable a soulevé la question de savoir si le Ministre, au cours de la vérification, avait obtenu des renseignements ou documents en violation de ses droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸ et, dans ce cas, quelle serait la réparation appropriée.

La vérification initiale de la société en commandite avait été effectuée à compter de juillet 1994 par la section de l'évitement fiscal et a duré deux ans. Au terme de la vérification, le promoteur a été avisé que, de l'avis du Ministre, le logiciel sur lequel la société avait acquis des droits n'avait pas de valeur et que la société n'avait pas d'activités commerciales. La plupart des sociétaires ont été cotisés en novembre 1996 mais, dans le cas de l'appelant, la nouvelle cotisation a été établie en novembre 1997⁹.

En septembre 1996, la section de l'évitement fiscal informait la section des enquêtes spéciales que le promoteur (avec l'aide d'autres personnes, y compris l'appelant) était à la tête d'une vaste escroquerie et que des avantages fiscaux frauduleux étaient réclamés. Le promoteur a été avisé en août 1997 que le dossier avait été renvoyé aux enquêtes spéciales. Des perquisitions avec mandats ont été effectuées en octobre 1997. L'une des sociétés du groupe a échoué dans sa tentative de faire annuler les mandats de

⁷ 2004 D.T.C. 2604 (C.C.I.) (ci-après « *Morley* »).

⁸ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, L.R.C. (1985), app. II, n° 44 (ci-après « *Charte* »).

⁹ *Morley*, précité, note 7, par. 25.

perquisition mais, en fin de compte, aucune accusation d'évasion fiscale n'a été portée¹⁰.

L'appelant a fait valoir que l'enquête criminelle a débuté aussi tôt qu'en août 1995, lorsque le vérificateur de la section de l'évitement fiscal a préparé un projet de note à l'intention de la section des enquêtes, indiquant qu'il croyait que le promoteur de l'abri fiscal avait commis une escroquerie et que les avantages fiscaux étaient frauduleux. Il prétend que ses droits ont été violés parce qu'il n'a pas été informé de son droit de garder le silence lorsqu'il a participé à des rencontres avec le vérificateur après cette date, dont une à laquelle assistait également le promoteur, qui a été interrogé à cette occasion. De plus, le vérificateur a fourni des renseignements à l'enquêteur au cours de la période de septembre 1996 à août 1997 et c'est sur la base du rapport de vérification au sujet de la société en commandite que la décision a été prise d'entreprendre une enquête.

Dans la section de son jugement où il discute de ce moyen soulevé par l'appelant, le juge Archambault reproduit de larges extraits de l'arrêt *Jarvis*, soit les paragraphes 88 à 94 et 97. Il en conclut qu'il était possible pour le Ministre de mener une vérification, dans le but d'établir une nouvelle cotisation, en même temps qu'une enquête pour déterminer s'il existait des motifs justifiant le dépôt d'accusations d'évasion fiscale contre les personnes réunies dans la société en commandite, incluant M. Morley¹¹.

En fait, le juge Archambault conclut que les droits de l'appelant garantis par la *Charte* n'ont pas été violés en prenant en considération les éléments suivants :

- la vérification au sujet de M. Morley n'a pris fin officiellement qu'en novembre 1997 parce que ce dernier avait demandé un délai pour fournir des observations;
- ni le fait qu'un vérificateur ait des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise ni le renvoi à la section des enquêtes ne suffisent à eux seuls pour conclure qu'une enquête criminelle est en cours;

¹⁰ *Id.*, par. 26.

¹¹ *Id.*, par. 190.

- il n'y a pas d'exigence qu'un contribuable soit avisé de son droit de garder le silence dans le cadre d'une vérification;
- l'ensemble des circonstances ne permet pas de conclure que les activités du vérificateur ont été accomplies dans le cadre d'une enquête criminelle, puisque le vérificateur n'avait que des soupçons, considérant que ses supérieurs n'ont pas approuvé le renvoi aux enquêtes qu'il avait proposé, et aussi parce qu'il n'y a pas de preuve qu'il a agi à titre d'agent des enquêteurs ni qu'il a fourni à ces derniers des renseignements après le début de l'enquête;
- il n'y a pas davantage de preuve que les supérieurs du vérificateur ont retardé le transfert du dossier aux enquêtes spéciales pour des motifs obliques.

Ainsi, il n'y a donc pas lieu de déterminer si le contribuable a droit à une réparation, d'autant moins qu'il ne s'est pas opposé à la production des éléments de preuve en temps utile.

1.2. **WARAWA C. LA REINE**¹²

Il s'agissait dans cette affaire d'une requête préliminaire du contribuable afin d'obtenir une ordonnance accueillant ses appels pour les années d'imposition en cause et annulant les nouvelles cotisations établies à l'égard de ces années.

La décision a été rendue par le juge Beaubier, le 17 octobre 2003.

L'appelant a fondé sa requête sur sa prétention à savoir que les nouvelles cotisations s'appuyaient principalement sur des éléments obtenus lors d'une perquisition et une saisie pratiquées en violation de ses droits garantis par les articles 7 et 8 de la *Charte* et que ses éléments sont nécessaires à l'intimée pour se décharger de son fardeau de preuve quant aux années prescrites.

Le juge Beaubier a commencé son analyse en exposant les principes qui se dégagent du jugement rendu par le juge Bowman (maintenant juge en chef adjoint de la Cour canadienne de l'impôt) dans l'affaire *O'Neill Motors Ltd. c. La Reine*¹³ :

¹² 2003 D.T.C. 1399 (C.C.I.) (ci-après « *Warawa* »).

¹³ [1995] T.C.J. N° 1435 (C.C.I.), confirmé à [1998] 4 C.F. 180 (C.A.F.).

- il faut faire une distinction entre une demande d'exclusion de documents et une demande d'annulation de la cotisation, faites sur la base d'une saisie abusive;
- les éléments de preuve devraient être exclus si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice;
- les facteurs à considérer sont les suivants :
 - la violation était-elle délibérée, intentionnelle ou flagrante, ou a-t-elle été commise de bonne foi?
 - la violation s'est-elle produite dans une situation d'urgence ou en fonction de la nécessité de préserver des éléments de preuve?
 - d'autres moyens d'enquêtes pouvaient-ils être utilisés?
- s'il est démontré que les éléments obtenus en violation de la *Charte* sont essentiels pour justifier la cotisation, celle-ci peut être annulée;
- cependant, il se peut que l'exclusion de la preuve soit suffisante comme mesure de réparation, comme, par exemple, lorsque la preuve a peu ou pas d'importance par rapport à l'établissement de la cotisation, ou lorsque son utilisation n'aurait pas pour effet de déconsidérer l'administration de la justice¹⁴.

L'appelant avait été accusé d'infractions à l'article 239 L.I.R. et, lors de l'instruction de ces poursuites, le tribunal avait exclu la preuve après avoir conclu qu'il y avait eu violation des articles 7 et 8 de la *Charte*.

Cependant, en l'espèce, la demande d'annulation des cotisations est rejetée pour les motifs qui suivent :

- les présomptions sur lesquelles sont fondées les cotisations peuvent découler en tout ou en partie de la preuve exclue au procès criminel, mais cela reste une question de preuve à trancher par le juge du procès;
- si ces présomptions découlent de la preuve exclue au procès criminel et que cette preuve est éventuellement exclue dans la présente instance, alors l'appelant n'aura pas le fardeau de les réfuter;

¹⁴ Warawa, précité, note 12, par. 6-9.

- dans ce cas, l'intimée aura toujours la possibilité de présenter des éléments de preuve « non contaminés » pour établir la justesse des cotisations;
- la liste des témoins de l'intimée cite des témoins autres que ceux mentionnés dans le jugement qui a exclu la preuve au procès criminel;
- la possibilité subsiste que les cotisations puissent être maintenues en l'espèce, selon la preuve qui sera jugée recevable et qui ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice¹⁵.

1.3. **VALOIS C. LA REINE**¹⁶

Dans cette affaire, instruite par le juge Paris, le contribuable a porté en appel les cotisations établies à son égard par le biais desquelles le Ministre a ajouté dans le calcul de ses revenus des montants non déclarés et a imposé au contribuable des pénalités pour production tardive de ses déclarations et pour fausses déclarations ou omissions dans ses déclarations de revenus.

Le jugement a été prononcé le 20 février 2004.

Le contribuable a contesté la cotisation établie au-delà de la période de prescription, l'inclusion des montants additionnels déterminés par le Ministre et l'imposition des pénalités.

L'appelant, M. Valois, a aussi prétendu, en se fondant sur l'arrêt *Jarvis*, que l'utilisation de demandes péremptoires afin d'avoir accès à ses relevés bancaires a porté atteinte à ses droits garantis par la *Charte*. Le tribunal a rejeté cette prétention en observant que l'arrêt *Jarvis* ne s'appliquait pas en l'espèce puisque la question qui y était discutée se rapportait aux moyens à la disposition de l'ARC pour recueillir des éléments de preuve dans le cadre d'une enquête criminelle et qu'il n'y a pas de preuve de perquisition illégale¹⁷.

¹⁵ *Id.*, par. 14-15.

¹⁶ [2004] C.C.I. 191 (C.C.I.) (ci-après « *Valois* »).

¹⁷ *Id.*, par. 22.

1.4. PETIT C. CANADA¹⁸

L'appelant, M. Petit, a contesté la cotisation établie à son égard lui refusant la déduction d'une perte d'entreprise.

Son appel a été rejeté le 3 octobre 2003 par le juge Lamarre.

La vérification effectuée par l'ARC, qui a conduit à l'établissement de la cotisation en litige, faisait suite à une enquête du ministère du Revenu du Québec¹⁹, au cours de laquelle des perquisitions et saisies ont été pratiquées en mai 1993 (relativement à l'année 1992) et en février 1996 (relativement à l'année 1993). Cette enquête portait sur un stratagème utilisé pour la vente d'abris fiscaux inadmissibles. Les résultats de la vérification de l'ARC ont été communiqués à l'appelant par lettre datée du 20 septembre 1995. L'enquêteur de RQ, M. Doire, a aussi témoigné pour exposer ses constatations quant à la structure des investissements dans ces abris fiscaux pour l'année d'imposition 1993 (qui est l'année d'imposition en litige)²⁰.

Au paragraphe 20 du jugement, le juge Lamarre mentionne que :

« [l'appelant] soulève l'affaire *Jarvis c. La Reine*, 2002 CSC 73, 295 N.R. 201, pour soutenir que la preuve obtenue par l'ADRC lors de l'enquête pénale menée sur le groupe Roy et relatée par le témoignage de monsieur Doire ne devrait pas être versée au dossier dans le présent appel ».

À cet égard, le juge Lamarre s'exprime comme suit²¹ :

« [23] En ce qui concerne l'admissibilité du témoignage de monsieur Doire, je suis d'avis que l'arrêt *Jarvis*, cité plus haut par l'appelant, ne peut servir à écarter cette preuve en l'instance. En effet, cette affaire portait, entre autres, sur l'exclusion d'éléments de preuve par application du paragraphe 24 (2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans le cadre d'un procès relatif à des infractions d'ordre pénal visées par l'article 239 de la Loi. Dans un tel cas, la Loi prévoit une procédure d'autorisation préalable au paragraphe 231.3 (1) lorsqu'un examen a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable. Ainsi, l'agent du fisc doit obtenir un mandat de perquisition pour mener cette enquête. C'est semble-t-il ce qui fut fait lors de l'enquête pénale menée par monsieur Doire sur le groupe Roy. Ceci n'a pas été mis en doute par

¹⁸ [2003] C.C.I. 713 (C.C.I.) (ci-après « *Petit* »).

¹⁹ Maintenant Revenu Québec (ci-après « RQ »).

²⁰ *Petit*, précité, note 18, par. 7, 8 et 13.

²¹ *Id.*, par. 23 et 24.

l'appelant à l'audition, pas plus que la légalité de la méthode utilisée pour obtenir les éléments de preuve dont a fait état monsieur Doire, lors de son témoignage dans la présente affaire. Ce que dit la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Jarvis* est que si l'ADRC mène simultanément une vérification administrative (comme c'est le cas lorsqu'elle procède à l'établissement de nouvelles cotisations en vertu de la Loi pour établir un montant d'impôt payable par un contribuable) et une enquête criminelle, l'enquêteur ne peut utiliser les renseignements obtenus conformément aux pouvoirs de vérification suite au début de l'enquête sur la responsabilité pénale, aux fins d'établir cette responsabilité pénale. Autrement dit, dès qu'il y a enquête pénale, l'enquêteur doit obtenir les autorisations nécessaires pour procéder à son enquête sur la responsabilité pénale d'un contribuable.

[24] Ici ce n'est pas du tout la situation. L'appelant en appelle d'une cotisation établie dans le cadre d'une vérification administrative. Le Ministre peut donc obtenir des informations de tiers selon les pouvoirs étendus que lui confère le paragraphe 231.1 (1) de la Loi (voir *Jarvis*, précité page 3 et page 20, paragraphe 53). Dans l'affaire *Donovan c. Canada*, [2000] A.C.F. no 809 (Q.L.), paragraphe 11, la Cour d'appel fédérale a jugé que le pouvoir discrétionnaire d'une cour d'écarter un élément de preuve entaché de vice était restreint dans une instance civile, où la liberté n'est pas menacée et où l'obligation de payer des impôts constitue le seul enjeu. *A fortiori*, il n'y a pas d'interdiction, selon moi, de se servir de la preuve obtenue légalement lors d'une enquête pénale sur des transactions similaires du même promoteur aux fins d'établir l'obligation fiscale d'un contribuable, dans la mesure où cette preuve est pertinente à la question en litige. Ici, l'intimée veut se servir d'une preuve obtenue légalement lors de l'enquête pénale sur la famille Roy pour démontrer que l'appelant a utilisé un stratagème semblable à celui proposé par le groupe Roy à d'autres investisseurs, dans le but de discréditer la prétention d'authenticité de la transaction mettant en cause l'appelant. À mon avis, cette preuve apportée par le témoignage de monsieur Doire est tout à fait pertinente et recevable en preuve puisque c'est monsieur Constantin Roy, un des membres influents du groupe Roy, qui a contracté directement avec l'appelant pour qu'il s'engage dans la transaction qui nous occupe aujourd'hui. »

Ainsi, le juge Lamarre fait des distinctions par rapport à la situation décrite dans l'arrêt *Jarvis*, c'est-à-dire qu'il s'agit plutôt en l'espèce d'un appel de cotisation et qu'il n'y a rien pour interdire dans ce cas l'utilisation de preuve pertinente et obtenue légalement lors d'une enquête pénale.

2. LES DÉCISIONS EN MATIÈRE D'ÉVASION FISCALE ET DE FRAUDE LIÉE À L'APPLICATION DES LOIS FISCALES

Dans cette section, j'ai aussi inclus des jugements rendus quant à des demandes judiciaires présentées afin d'obtenir l'annulation de demandes péremptoires et de mandats de perquisition. D'ailleurs, j'en traiterai en premier puisque ces moyens d'obtention de preuve sont en général préalables à l'introduction des poursuites criminelles ou pénales.

2.1. **KLIGMAN C. MRN**²²

Cet arrêt de la Cour d'appel fédérale a été rendu par les juges Desjardins, Létourneau et Nadon, le 6 avril 2004. Chaque juge a rendu des motifs distincts et la juge Desjardins était dissidente, mais seulement sur la question de la caractérisation de l'objet prédominant poursuivi lors de la présentation aux contribuables des demandes péremptoires. (De l'avis de la juge Desjardins, l'examen des facteurs définis dans l'arrêt *Jarvis* montre que l'objet prédominant des demandes ne se rapportait pas à la responsabilité pénale du contribuable²³.)

Il s'agit en effet dans le cas présent de l'appel d'un jugement rendu par le juge Beaudry²⁴, qui avait accueilli en partie la requête en révision judiciaire des contribuables visant à obtenir l'annulation des demandes péremptoires qui leur avaient été signifiées.

Il est intéressant de noter que, d'entrée de jeu, le juge Létourneau confirme que la demande de révision judiciaire constitue un moyen valable pour obtenir l'annulation de demandes péremptoires faites dans le but de faire progresser une enquête criminelle. Ce faisant, il rejette les prétentions de l'intimé selon lesquelles les contribuables doivent d'abord se conformer aux demandes puis attendre l'instruction de la poursuite pour faire valoir une atteinte à leurs droits dans le cadre d'un **voir-dire** sur la recevabilité de la preuve. Il est d'avis, en somme, que cette position ne cadre pas du tout avec les considérations pour lesquelles, notamment, la protection du droit à la vie privée exige un système d'autorisation préalable dans un contexte de droit criminel²⁵.

Sur la question principale de l'appel, les juges majoritaires (les juges Létourneau et Nadon) estiment qu'au moment où les demandes péremptoires

²² 2004 D.T.C. 6296 (C.A.F.) (ci-après « *Kligman* »); je n'ai pas abordé le jugement rendu en première instance considérant qu'il ne semble plus guère présenter d'intérêt. En effet, les juges de la Cour d'appel fédérale sont unanimes pour déclarer qu'il n'y a pas lieu de faire de distinction entre les personnes physiques et morales, fondée sur l'impossibilité pour celles-ci de jouir du droit à la vie, la liberté et la sécurité de leur personne, dans un cas comme celui-ci où l'application de l'article 7 de la *Charte* est déclenchée du seul fait qu'il y a exercice d'un pouvoir de contrainte dans un contexte d'enquête criminelle.

²³ *Id.*, par. 112-136.

²⁴ [2003] 3 C.F. 569 (C.F. 1^{re} inst.).

²⁵ *Kligman*, précité, note 22, par. 3-5.

ont été adressées aux contribuables, l'objet prédominant de celles-ci était d'établir leur responsabilité pénale, et ce, en se fondant sur le fait qu'une décision claire de procéder à une enquête criminelle avait déjà été prise. Le juge Létourneau expose son raisonnement comme suit²⁶ :

« I have related these facts in chronological order because they shed a needed light on the context in which the appellants were summoned to provide information pursuant to subsection 231.2 (1) of the Act. An investigation was actually undertaken with respect to false charitable donations and receipts. The investigation first looked at the recipients of the donations. Evidently, a fraudulent scheme of that nature requires, for success, the participation of accomplices, i.e. donors. I believe that the SI branch of the CCRA then turned its attention to the search and identification of the accomplices as well as to the search of evidence which could incriminate them and, by the same token, the charitable organizations which received the fraudulent donations. In fact, the investigation by Mr. Faribault was purely an extension of the so far unsuccessful criminal investigation directed initially towards the Rabbinical College of Montreal. Mr. Faribault was now trying to obtain evidence of fraud by looking at the same matter, but from a different perspective, i.e. that of the donors. »

Les juges Létourneau et Nadon affirment tous deux que, à partir du moment où la décision claire de procéder à une enquête a été prise, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres facteurs définis dans l'arrêt *Jarvis*²⁷.

Néanmoins, pour plus de certitude, le juge Létourneau procède quand même à l'examen de ces facteurs dans la mesure où ils peuvent s'appliquer dans le contexte de cette affaire, et son analyse est intéressante parce qu'elle indique certaines des ramifications auxquelles cette analyse peut conduire.

À cet égard, il affirme²⁸ :

« [29] Factor (a)²⁹ addresses two different issues that may arise at different times in the process. A decision to proceed with a criminal investigation may be made early in the process and such investigation may eventually, at a later stage, provide the authorities with the required reasonable grounds to lay a charge. However, a criminal investigation does not cease to be a criminal investigation because, in the end, the authorities do not have reasonable grounds to lay charges or no charges are laid. It may be that the criminal investigation is

²⁶ *Id.*, par. 18.

²⁷ *Id.*, par. 13, 27 et 28 (juge Létourneau) et 49 (juge Nadon).

²⁸ *Id.*, par. 29-31.

²⁹ *Id.*, voir la formulation des facteurs, à la page 2.

inconclusive with respect to the commission of an offence or that, although conclusive in that respect, the offenders have yet to be identified. It is the very purpose of a criminal investigation to determine whether a crime has been committed and by whom so that charges can be laid. L'Heureux-Dubé J. said in *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366, at page 1425, from a criminal law perspective, "specific individuals are targeted for the express and exclusive purpose of indicting them".

[30] The fact that the authorities have reached a stage in their inquiry where they have reasonable grounds to lay charges is not, in and of itself, sufficient to conclude that the threshold has been crossed and that the inquiry has become a criminal investigation: see *Jarvis*, supra, paragraph 93. It is, however, an important factor to be considered in the determination of the subsequent relationship between the parties. "In most cases", the Supreme Court writes, "if all ingredients of an offence are reasonably thought to have occurred, it is likely that the investigation function is triggered": *ibidem*, paragraph 89. This is no doubt the case when the situation has reached a stage where charges can be laid. Usually, the criminal investigation is over since the laying of charges is the outcome of the investigation.

[31] Conversely, the fact that there are yet no reasonable grounds to lay charges does not mean that the on-going inquiry is not a criminal investigation because, as I have already pointed out, the purpose of such investigation is to lead to a point where the prosecuting authorities acquire reasonable grounds to lay charges. As the second question in factor (a) indicates, it is important to look at the record to see if it appears "that a decision to proceed with a criminal investigation could have been made". I note that the test is cast in terms of a mere possibility as opposed to a probability and that the Supreme Court itself has underlined that fact. »

2.2. STANFIELD C. MRN³⁰

L'intérêt de cette décision, rendue par le registraire Hargrave, le 20 avril 2004, réside dans les éléments de procédure sur lesquels elle porte, soit les limites au contre-interrogatoire des fonctionnaires de l'ARC dans une affaire qui comporte des allégations de violation de la *Charte* dans un contexte soulevant des questions de la même nature que celles examinées dans l'arrêt *Jarvis*.

Il s'agit d'un jugement interlocutoire à la suite d'une demande visant la production de documents aux fins d'un interrogatoire sur affidavit et pour obtenir que cet interrogatoire se poursuive.

³⁰ [2004] C.F. 584 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après « *Stanfield* »).

L'instance principale est constituée d'une demande de révision judiciaire de demandes péremptoires adressées par l'ARC, fondée sur l'arrêt *Jarvis*. Les demandes péremptoires ont été faites dans le cadre d'un examen entrepris par l'ARC au sujet de « dispositifs pour pertes fiscales » et elles contiennent la mise en garde suivante : « Veuillez prendre note qu'une enquête criminelle concernant la promotion d'opérations du genre que vous réclamez dans votre déclaration de revenus a été entreprise. Vous n'êtes pas l'objet d'une enquête pour l'instant, mais nous voulons vous informer que toute information produite pourra être communiquée pour examen à notre Section des enquêtes. »

Je n'estime pas nécessaire dans le cas présent de relever en détail les motifs et le dispositif de la décision, mais qu'il suffise de mentionner que la requête a été accueillie en partie, en fonction des éléments jugés pertinents par le registraire aux fins de la demande principale.

Ce que les faits établis à ce stade des procédures ont démontré, c'est ce qui peut sembler un va-et-vient de l'information et des dossiers entre la section de la vérification et celle des enquêtes, apparemment bien suffisant pour soulever des inquiétudes quant à la véritable nature de l'examen entrepris par l'ARC et quant à la question de savoir si les personnes à qui les demandes péremptoires ont été transmises font ou non l'objet d'une enquête et si elles doivent se conformer à ces demandes. Plus particulièrement, le registraire a formulé comme suit les indices qui ont amené les demandeurs à croire qu'ils faisaient l'objet d'une enquête³¹ :

« Here I accept various indicia, as submitted by counsel for the Applicants, that those individuals reasonably believed that they had been and perhaps continue to be under investigation by the Investigations Division for a number of reasons including:

1. The files of the Applicants went to the Investigations Division in April of 2001.
2. From that time until at least January of 2003 there was regular contact between the Audit Division and the Investigations Division as to the 1998 through 2001 taxation years.
3. An Audit Division's employee, Mr. Kuhn, worked with the Investigations Division for some time, although still maintaining, or holding himself out as a member of the Audit Division.

³¹ *Id.*, par. 37.

4. In March 2002 the Investigations Division instructed the Audit Division to recommence gathering information for the 1998 taxation year.
5. In July of 2002 the Investigations Division instructed the Audit Division to recommence gathering information in respect of the 1999 and 2000 taxation years and at that point the Audit Division sent out letters and questionnaires, the questionnaire being a point to which I will shortly return.
6. Between June of 2002 and September of 2002 there was a regular exchange of information and emails between the Investigations Division and the Audit Division as to the approach to be taken on resumption of audit activities.

All of this reasonably raises alarm, on the part of the Applicants, that they may still be under investigation, or at least that there may be a clearly contemplated investigation and that for practical purposes there has been a crystallization of an adversarial relationship between the applicant taxpayers and the tax officials, with the predominant purpose of the inquiry being the determination of penal liability, once documents have been gathered from the Applicants by the Audit Division through the so-called cooperative approach with the taxpayers. »

2.3. **BISSON C. QUÉBEC (JUGE DE PAIX)**³²

Cette affaire concerne une requête en *certiorari* et jugement déclaratoire à l'encontre de mandats de perquisitions décernés en vertu du *Code criminel*³³ en relation avec des allégations d'infractions à la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le jugement a été prononcé par le juge Denis, le 4 mars 2004.

Il s'agit somme toute d'un cas classique de dossier de vérification qui fait l'objet d'un renvoi aux enquêtes. Le vérificateur s'est présenté aux locaux de l'entreprise en janvier 1999 et il n'y a pas de suite immédiate. Cependant, l'enquêteur responsable du dossier, en mars 2001, s'est lui aussi rendu dans ces locaux pour effectuer une vérification mais n'a pas dénoncé sa qualité d'enquêteur.

L'enquêteur a préparé une première version d'une dénonciation en vue d'obtenir des mandats de perquisition mais, avant qu'il ne la présente au juge de paix, l'arrêt *Jarvis* a été rendu, ce qui a nécessité une révision de cette première version. C'est en effet une deuxième version de la dénonciation qui a été présentée au juge, après que l'on eut extrait de la version initiale tous

³² [2004] CarswellQue 934 (C.S. Qué.) (ci-après « Bisson »).

³³ L.R.C. (1985), c. C-46 et mod.

les renseignements obtenus lors de la « vérification » effectuée par l'enquêteur, ainsi que ceux reçus de la Commission de la construction du Québec ou d'autres sources à la suite de demandes péremptoires.

En marge de ces faits, les contribuables ont fait le reproche à l'enquêteur de ne pas avoir fait mention dans sa dénonciation du fait qu'au cours de son enquête il a obtenu des renseignements au moyen de pouvoirs de vérification, ce qui lui était désormais clairement interdit par suite de l'arrêt *Jarvis*.

Le tribunal exprime l'avis qu'il s'agit d'un double reproche dont les composantes semblent à première vue s'opposer. Le juge note que le dénonciateur n'a pas utilisé les renseignements qui pourraient être en violation des droits des requérants et qu'il n'est pas évident que, ne les ayant pas utilisés, il devait les dénoncer au juge de paix. Il conclut en mentionnant qu'il lui apparaît préférable de laisser au juge du procès la tâche de se prononcer sur la légalité de l'obtention de ces renseignements³⁴.

2.4. LA REINE C. DIAL DRUG STORES LTD.³⁵

Dans cette affaire, le ministère public a appelé du jugement par lequel le tribunal de première instance a décrété l'arrêt des procédures en faveur des intimés, M. Cowell et sa société, Dial Drug Stores Ltd. Le 6 février 2003, le juge Reilly a accueilli l'appel et a ordonné un nouveau procès.

Le juge de première instance, qui a statué sur la poursuite avant que ne soit rendu l'arrêt *Jarvis*, avait déterminé que l'intervention de l'ARC à l'endroit des intimés avait constitué dès le début une enquête criminelle et que cette enquête, au cours de laquelle, notamment, ont été utilisés les pouvoirs de vérification prévus à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, a porté atteinte aux droits des intimés. Il avait aussi conclu que les mandats de perquisition, décernés sur la foi d'une dénonciation fondée sur les renseignements obtenus illégalement, étaient nuls et les saisies abusives. C'est en voulant « discipliner » l'ARC pour sa conduite irrespectueuse qu'il a prononcé l'arrêt des procédures.

Il s'agit d'un cas où la section de vérification et celle des enquêtes ont à tout le moins effectué leur travail de manière complémentaire, sinon en

³⁴ Bisson, précité, note 32, par. 58-62.

³⁵ (2003) 63 O.R. (3^e) 529 (C.S.J. Ont.) (ci-après « *Dial Drug Stores* »).

collaboration l'une de l'autre. Compte tenu des faits, et à la lumière des éclaircissements fournis par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis*, le juge Reilly en est arrivé à une caractérisation différente de celle du premier juge quant à la nature des interventions de l'ARC.

Voyons brièvement de quoi il en retourne.

En juin 1991, un enquêteur de l'ARC, M. Freeman, faisait enquête dans les affaires de certaines pharmacies de Kitchener au sujet de la vente au détail de médicaments et il a alors constaté que deux manufacturiers de médicaments génériques avaient émis des chèques inhabituels à l'ordre des enfants des pharmaciens, ainsi que d'autres pour servir de paiement pour l'achat de voyages et de chaînes audio au bénéfice de pharmaciens³⁶.

Devant cette situation, la section des enquêtes de Kitchener adresse en juin 1993 une note au bureau central d'Ottawa pour suggérer un programme national au sujet des ristournes versées aux pharmaciens par les manufacturiers de médicaments génériques. Par hasard, au début de l'automne 1993, Freeman est informé qu'une vérification est alors en cours auprès de deux de ces manufacturiers et il a demandé que les vérificateurs recherchent et qu'ils lui communiquent les documents qu'ils obtiendraient au sujet des ristournes. En octobre ou novembre de cette même année, il s'est rendu aux bureaux des manufacturiers pour tenter lui-même d'obtenir ces documents mais, à la demande des manufacturiers, il a dû cesser de se présenter à leurs bureaux. Toujours en octobre 1993, il a demandé aux vérificateurs de plutôt transmettre la documentation au sujet des ristournes aux bureaux régionaux de l'ARC de Kitchener, St. Catharines et Hamilton³⁷.

Vers la même époque, le dossier de vérification concernant les intimés a été attribué à M. Payne. Ce dernier a reçu en novembre et décembre 1993 des conseils et de l'information de l'enquêteur utiles pour son dossier, qui allait porter de toute évidence sur la question de savoir si les intimés avaient reçu et déclaré des ristournes. Payne a aussi rencontré le vérificateur qui avait effectué une précédente vérification dans les affaires des intimés. En janvier 1994, il a rencontré le comptable des intimés et a expliqué que sa vérification portait sur un autre sujet que les ristournes, ce qui était faux. Il a eu accès à tous les documents comptables et il a aussi discuté avec M. Cowell³⁸.

³⁶ *Id.*, par. 10.

³⁷ *Id.*, par. 11.

³⁸ *Id.*, par. 13.

À la suite de ces interventions, Payne a immédiatement fait un renvoi directement au chef du bureau de Hamilton de l'ARC, faisant rapport de ce qui lui semblait être de l'évasion fiscale commise par les intimés. Il a tout de même ensuite continué à recueillir des renseignements auprès des intimés, qu'il a relayés à la section des enquêtes³⁹.

Au cours du printemps de 1994, le dossier d'enquête a été ouvert et attribué à M. De Leon. En octobre 1994, sur la base des renseignements reçus de Payne et de Freeman, il a conclu que l'affaire devrait donner lieu à des poursuites pénales et, le 7 novembre suivant, il a préparé une dénonciation en vue d'obtenir des mandats de perquisition qui relatait ces renseignements. Les perquisitions et saisies ont été effectuées le 9 novembre 1994, sous la direction de Payne, qui avait entre-temps été transféré aux enquêtes. Les choses saisies correspondaient dans une large mesure à ce qu'avait découvert Payne en janvier 1994 au cours de sa vérification⁴⁰.

De Leon a poursuivi son enquête. Avec l'aide de l'Internal Revenue Service, il a procédé à des entrevues en Floride, interrogeant ainsi des personnes qui avaient apparemment reçu des chèques de ristourne au bénéfice de l'intimé Cowell. Il a aussi procédé par demande péremptoire en mars 2003 pour obtenir les documents bancaires des intimés. Les poursuites pénales reprochant aux intimés des infractions à l'article 239 L.I.R. ont été introduites le 3 novembre 1995⁴¹.

Après avoir passé en revue le jugement rendu en première instance et exposé les principes établis par les arrêts *Jarvis* et *La Reine c. Ling*⁴², le juge Reilly observe, au paragraphe 51, que ce dernier arrêt n'affirme pas que des éléments de preuve seront aussitôt exclus du seul fait d'avoir été obtenus par la contrainte fondée sur les pouvoirs de vérification fiscale après le début de l'enquête. La recevabilité de la preuve demeure une question distincte à trancher en fonction du paragraphe 24(2) de la *Charte* et d'une analyse

³⁹ *Id.*, par. 16.

⁴⁰ *Id.*, par. 18.

⁴¹ *Id.*, par. 19-20.

⁴² [2002] 3 R.C.S. 814 (ci-après « *Ling* »); cet arrêt a été prononcé le même jour que l'arrêt *Jarvis*.

suivant les principes des arrêts *La Reine c. Collins*⁴³ et *La Reine c. Stillman*⁴⁴.

Appliquant les facteurs issus de l'arrêt *Jarvis* aux faits de la présente affaire, le juge Reilly tire la conclusion que la vérification s'est transformée en enquête relative à la responsabilité pénale des intimés seulement lorsque Payne a rencontré Freeman en janvier 1994 après avoir rencontré les intimés et lorsque le dossier a officiellement fait l'objet d'un renvoi aux enquêtes spéciales⁴⁵. Parmi les motifs appuyant cette conclusion, le juge Reilly estime que le dossier attribué à Payne était véritablement un dossier de vérification orienté sur la responsabilité fiscale des intimés et non en fonction d'une poursuite pour évasion fiscale. L'ARC pouvait bien à ce moment avoir connaissance de façon générale des ristournes versées aux pharmaciens, mais les soupçons qui pouvaient être entretenus que ces ristournes auraient pu ne pas être déclarées ne constituent pas des motifs raisonnables d'évasion fiscale. Le simple fait que la vérification ait résulté de l'existence de ces soupçons n'en fait pas une enquête en vue d'établir la responsabilité pénale du contribuable. En fait, personne avant janvier 1994 n'avait eu accès à des éléments indiquant que les intimés n'avaient pas déclaré les ristournes⁴⁶.

2.5. LA REINE C. WILDER⁴⁷

L'accusé, M. Wilder, fait face à des accusations qui font suite à une enquête entreprise le 21 octobre 1985 au sujet d'une somme de 101 M\$ versée dans le cadre du programme de crédits d'impôt à la recherche scientifique, dans la foulée de vérifications commencées quelque temps auparavant qui se butaient au refus de ces personnes de fournir des renseignements significatifs. Cette enquête, commencée à l'époque des premiers balbutiements de la *Charte* où la frontière entre les activités de vérification et d'enquête était plus floue, avait pour but de déterminer ce qu'il était advenu de cette somme et d'obtenir des justificatifs pour les dépenses alléguées de 200 M\$, qui avaient servi de base de calcul pour l'attribution de ces crédits d'impôt.

⁴³ [1987] 1 R.C.S. 265.

⁴⁴ [1997] 1 R.C.S. 607.

⁴⁵ *Dial Drug Stores*, précité, note 35, par. 62.

⁴⁶ *Id.*, par. 55-56.

⁴⁷ [2003] C.S. C.-B. 859 (ci-après « *Wilder* »).

C'est le juge Romilly qui est chargé de l'instruction de cette poursuite et, dans le cadre de celle-ci, il avait déjà été appelé à se prononcer sur la recevabilité des éléments de preuve obtenus au moyen de mandats décernés en vertu de la disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* déclarée inconstitutionnelle dans l'arrêt *Baron c. Canada*⁴⁸. Il a estimé que le prononcé de l'arrêt *Jarvis* rendait nécessaire une reconsidération de cette décision et, à cette occasion, l'accusé a demandé des ordonnances déclarant que ses droits garantis par les articles 7 et 8 de la *Charte* ont été violés et décrétant l'arrêt des procédures ainsi que l'exclusion de la preuve. Dans la décision initiale, le juge Romilly avait conclu que la dénonciation faite en mai 1985 en vue d'obtenir les mandats de perquisition comportait des motifs suffisants pour que la perquisition soit autorisée et que les éléments de preuve saisis en vertu de ces mandats étaient recevables⁴⁹.

La date à partir de laquelle, dans cette affaire, la vérification ou l'enquête avait pour objet prédominant la responsabilité pénale du contribuable revêt une grande importance, puisque nombre d'éléments ont été recueillis en vertu des pouvoirs de vérification, exercés avant la demande de mandats de perquisition et sur lesquels cette demande était en grande partie fondée.

Après avoir fait un exposé au sujet des arrêts *Jarvis* et *Ling*, le juge Romilly avait fait la remarque que ces jugements n'avaient pas établi une règle d'exclusion automatique de la preuve obtenue en violation des droits du contribuable et qu'au contraire la recevabilité de ces éléments restait une question à trancher en fonction du paragraphe 24(2) de la *Charte*⁵⁰.

Passant à l'analyse visant à déterminer le moment à partir duquel l'objet prédominant était la responsabilité pénale du contribuable, il rejette les prétentions de l'accusé parce que, selon lui, au moment où l'enquête a commencé, en octobre 1985, et encore moins à l'ouverture du dossier de vérification, les fonctionnaires de l'ARC ne détenaient à ce moment aucune preuve à l'appui de leurs soupçons. Ce n'est que près de six mois plus tard, après que l'enquêteur, M. Ma, eut procédé à certaines entrevues, que l'on peut dire qu'il avait à ce moment des motifs raisonnables de croire qu'une infraction avait été commise⁵¹.

⁴⁸ [1993] 1 R.C.S. 416.

⁴⁹ *Wilder*, précité, note 47, par. 19-20.

⁵⁰ *Id.*, par. 32.

⁵¹ *Id.*, par. 51-54.

Devant la prétention de l'accusé, voulant qu'aucune déclaration verbale obtenue par l'exercice des pouvoirs de contrainte prévus dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'était recevable s'il s'agissait de déclarations faites par des témoins autres que l'accusé après que l'objet prédominant fut devenu la responsabilité pénale, le juge relève, d'une lecture attentive des paragraphes 96 à 98 de l'arrêt *Jarvis*, que l'alinéa 231.1(1)d) L.I.R. ne peut être utilisé pour contraindre l'accusé à fournir une déclaration verbale utile à l'enquête après que l'objet prédominant de l'examen fut devenu la responsabilité pénale du contribuable. Après ce moment, il n'est pas possible d'obtenir des documents de tiers, à moins d'utiliser un mandat de perquisition. Il n'y a cependant aucune atteinte aux droits de l'accusé lorsque la contrainte est utilisée sur des tiers, ailleurs qu'à l'établissement de l'accusé, pour obtenir des déclarations de ceux-ci. Le juge note en plus que, poussée à sa limite, la prétention de l'accusé signifierait que les éléments de preuve qui découleraient du témoignage d'un témoin contraignable ne seraient pas recevables au procès si celui-ci est tenu après que la responsabilité pénale du contribuable est devenue l'objet prédominant⁵².

Une autre situation qui, de l'avis du juge, ne dénote pas de violation des droits de l'accusé est celle qui se présente lorsqu'une personne souhaite collaborer en fournissant des documents mais que, pour sa protection, elle exige qu'une demande péremptoire lui soit adressée⁵³.

Le juge Romilly a aussi tenté de cerner le contexte dans lequel les prétendues violations aux articles 7 et 8 de la *Charte* se seraient produites dans cette affaire. Il note en particulier que celle-ci se distingue des faits de l'arrêt *Jarvis* en ce que c'était un choix de l'accusé que de tenter de tirer profit des largesses gouvernementales en matière de recherche scientifique et que, ce faisant, il est entré sciemment et volontairement dans un secteur très réglementé. Plus particulièrement, le juge a défini les éléments contextuels à considérer dans l'analyse de la demande d'exclusion de la preuve de l'accusé, à savoir : il est entré volontairement dans le domaine réglementé des crédits d'impôt à la recherche scientifique, en vue d'en tirer des profits; il a opté pour l'utilisation d'entités artificielles (des sociétés); le fait que les événements remontent à plusieurs années et l'état du droit à cette époque; l'absence de contrainte exercée sur l'accusé lui-même; les changements profonds du droit. Et, dans ce contexte, où l'accusé limitait sa responsabilité par l'utilisation de sociétés constituées en personnes morales et où l'observation de la loi obligeait la tenue de registres destinés à être

⁵² *Id.*, par. 61.

⁵³ *Id.*, par. 124.

éventuellement produits ou présentés aux autorités ou examinés par celles-ci, le juge exprime l'avis que l'accusé et ses sociétés n'avaient que des attentes minimales, sinon nulles, en matière de respect de leur vie privée à l'égard de l'ARC⁵⁴.

Ayant conclu par ailleurs qu'il y avait eu, notamment à la lumière de l'arrêt *Jarvis*, des violations des droits de l'accusé garantis par les articles 7 et 8 de la *Charte*, le juge Romilly a ensuite procédé à l'analyse de la recevabilité de la preuve pouvant être touchée par ces violations.

Il débute par l'examen de la question de savoir si la preuve peut être exclue aux termes du paragraphe 24(1) de la *Charte*. Il souligne que les documents obtenus au moyen des demandes péremptoires postérieures à la date où l'objet prépondérant de l'examen se rapportait à la responsabilité pénale du contribuable étaient des documents dont l'existence était indépendante de la violation et qui n'avaient pas été créés sous la contrainte étatique⁵⁵. Le juge cite l'arrêt *La Reine c. Harrier*⁵⁶ comme autorité pour la proposition voulant que le paragraphe 24(1) de la *Charte* s'applique aux violations prévisibles et qu'il autorise le tribunal à exclure un élément de preuve qui, bien qu'il n'ait pas été obtenu à la suite d'une violation de la *Charte*, serait susceptible de rendre le procès inéquitable, contrairement à l'alinéa 11d)⁵⁷. Il rejette ce volet de la demande d'exclusion de la preuve aux motifs que l'accusé ne lui a pas démontré par prépondérance de preuve que l'utilisation de cette preuve rendrait le procès inéquitable ni que son exclusion était nécessaire afin de préserver l'intégrité du procès⁵⁸.

Enfin, le juge Romilly procède à l'analyse selon le paragraphe 24(2) de la *Charte*, examinant tour à tour les facteurs bien connus, soit l'atteinte à l'équité du procès, la gravité de la violation et l'effet de l'exclusion. On peut résumer la démarche suivie par le juge au sujet des deux premiers facteurs comme suit : il n'y a pas d'atteinte à l'équité du procès parce que la preuve n'a pas été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et que l'utilisation d'éléments de preuve préexistants et qui auraient pu être découverts sans la participation de l'accusé ne rendra pas le procès

⁵⁴ *Id.*, par. 166, 169 et 173.

⁵⁵ *Id.*, par. 198.

⁵⁶ (1995) 101 C.C.C. (3^e) 193 (C.S.C.).

⁵⁷ *Wilder*, précité, note 47, par. 204.

⁵⁸ *Id.*, par. 221.

inéquitable⁵⁹; la violation, qui a consisté à obtenir, après le début de l'enquête criminelle, des documents et renseignements au moyen de demandes péremptoires, est sérieuse et elle nécessite que l'on examine la bonne foi des agents de l'ARC; or, ils n'étaient pas de mauvaise foi, vu les décisions judiciaires contradictoires avant l'arrêt *Jarvis* portant sur l'utilisation de telles demandes en cours d'enquête⁶⁰.

2.6. LA REINE C. BJELLEBO⁶¹

Les appelants, MM. Bjellebo et Minchella, se pourvoient à l'encontre du jugement par le biais duquel ils ont été déclarés coupables de fraude et de faux et usage de faux, en marge de la vente d'intérêts dans des sociétés en commandite à près de 600 investisseurs, qui ont perdu dans l'aventure environ 22 M\$, et qui a donné lieu à la réclamation d'environ 118 M\$ en pertes fiscales frauduleuses.

L'arrêt a été prononcé par les juges Cronk, MacPherson et Sharpe, le 14 octobre 2003, et c'est ce dernier juge qui en a rédigé les motifs.

La question principale qui s'est posée dans ce pourvoi se rapportait à la recevabilité de la preuve obtenue en violation des droits des appelants garantis par les articles 7 et 8 de la *Charte*. La question a été soulevée dans les circonstances suivantes : c'est en 1986 qu'une enquête a été lancée au sujet des pertes d'entreprise réclamées par les sociétés en commandite liées au groupe, par la section de l'évitement fiscal de l'ARC. La section des enquêtes spéciales a été mêlée à l'enquête à compter de mai 1987 et, par la suite, de juin 1987 à juin 1989, l'enquête s'est poursuivie de façon conjointe, au cours de laquelle la section de l'évitement fiscal et la section des enquêtes ont échangé des renseignements et ont conçu des stratégies communes. La participation de la section des enquêtes n'a pas été révélée aux appelants, pas avant l'exécution de mandats de perquisition décernés en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en juin 1989⁶².

La Cour rejette la prétention des appelants selon laquelle, dès le moment où la section des enquêtes a participé à l'enquête, l'objet prédominant de cet

⁵⁹ *Id.*, par. 252-253.

⁶⁰ *Id.*, par. 262 et 276.

⁶¹ 2003 D.T.C. 5659 (C.A. Ont.) (ci-après « *Bjellebo* »); permission d'appeler à la Cour suprême du Canada rejetée le 13 mai 2004.

⁶² *Id.*, par. 3.

examen était la responsabilité pénale des appelants, parce qu'elle ne tient pas compte de la méthode préconisée dans l'arrêt *Jarvis*, qui suppose la considération d'un ensemble de facteurs, incluant certes la participation de la section des enquêtes, mais qui ne constitue pas à elle seule un facteur déterminant⁶³.

La Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de rechercher la date précise à laquelle est apparue la relation contradictoire entre les appelants et les autorités, puisque, même si cette date devait être fixée à un moment antérieur à celui déterminé par le juge de première instance, cela n'aurait pas d'incidence sur la recevabilité de la preuve déterminée aux termes du paragraphe 24(2) de la *Charte*, compte tenu de la conclusion du premier juge selon laquelle la preuve dont la recevabilité était en litige aurait été obtenue d'autres sources indépendantes ou aurait pu être découverte autrement⁶⁴.

2.7. LA REINE C. FOY⁶⁵

Il s'agit d'un jugement concernant une demande des accusés pour obtenir une ordonnance d'exclusion de la preuve rendu par le juge Langdon, le 3 mars 2003. Paul Foy, Michael Grant Foy et Paul Foy Pontiac Buick Limited sont accusés dans cette affaire de fraude et de complot, en relation avec des opérations de ventes et d'achats successifs de véhicules automobiles, permettant d'obtenir frauduleusement des remboursements de crédits de taxe sur les intrants aux termes de la *Loi sur la taxe d'accise*, ou de s'approprier illégalement des montants de TPS perçue qui aurait dû être versés au Receveur général du Canada. Ce type d'opérations est fréquemment désigné sous le nom de *car flipping*⁶⁶.

Le juge consacre un passage important de son jugement à décrire les fonctions de vérification et d'enquête exercées par l'ARC aux fins de l'exécution et de l'application de la *Loi sur la taxe d'accise*. Il note tout d'abord la grande similitude à cet égard entre cette loi et la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Puis il traite des difficultés qui se posent lorsqu'une vérification révèle des indices d'évasion fiscale, illustrant ainsi les éléments en jeu dans l'arrêt *Jarvis*. Il convient de reproduire au complet ce passage⁶⁷ :

⁶³ *Id.*, par. 6.

⁶⁴ *Id.*, par. 9.

⁶⁵ [2003] CarswellOnt 5861 (C.S.J. Ont.) (ci-après « *Foy* »).

⁶⁶ *Id.*, par. 32.

⁶⁷ *Id.*, par. 39-43, notes de bas de page omises.

« [39] Problems arise and have arisen here in circumstances where auditors have uncovered evidence of activities that smack of evasion. The *Excise Tax Act* grants special powers to auditors, very similar to those in the *Income Tax Act*, to inspect and copy records, to question individuals and to demand information from third parties. These powers are exercisable without judicial intervention. The use of them is unobjectionable provided that they are employed solely for the purpose of administration and enforcement of the statute. In this context, administration and enforcement mean civil enforcement with the goal of ensuring taxpayer compliance.

[40] In a perfect world, the auditor who uncovers evidence of activities that give him reasonable and probable grounds to believe that evasion has occurred, will immediately cease his audit, cease all use of special audit powers, cut off further contact with the taxpayer and refer the file to special investigations.

[41] Special investigations may accept the referral. If they do so they are required to obtain warrants to search for and seize records, they are to interview suspects only under caution and affording right to counsel and cannot use demand powers for third party information.

[42] If an auditor has not exceeded the scope of audit powers, i.e., has not used them in furtherance of what has, objectively viewed, become a criminal investigation, as opposed to civil enforcement, he is permitted to hand over the fruits of his audit to special investigations. He can even conduct an audit that parallels a criminal investigation. However, nothing that an auditor acquires after a criminal investigation has truly begun can be made available to special investigations. After the “Rubicon has been crossed”, special investigations must develop any further information having due regard for charter protections; they cannot share the fruits of audit activities that are conducted after the predominant purpose of the inquiry has become determination of penal liability.

[43] These principles necessitate erection of a firewall between the audit and investigative functions of C.C.R.A. The evidence is clear that C.C.R.A. has recognize this need for years and has attempted, within the limits of institutional practicality, to ensure an appropriate separation of function between its audit and investigative personnel. »

2.8. LA REINE C. ANDERSON⁶⁸ ET LA REINE C. SAKO'S HOLDINGS LTD.⁶⁹

Ces arrêts de la Cour d'appel de la Saskatchewan sont ici signalés simplement parce qu'ils ont été rendus après l'arrêt *Jarvis*, alors que les jugements de première instance l'ont été avant.

⁶⁸ [2003] C.A. Sask. 27 (C.A. Sask.) (ci-après « *Anderson* »).

⁶⁹ [2002] C.A. Sask 144 (C.A. Sask.) (ci-après « *Sako's Holdings* »).

Ainsi, les décisions rendues par les juges de première instance ont été réexaminées à la lumière de l'arrêt *Jarvis*. Dans le cas de l'affaire *Anderson*, la Cour d'appel a estimé que le premier juge avait erré en déterminant que les vérificateurs avaient procédé à une enquête criminelle et en écartant la preuve pour ce motif. La Cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Dans l'affaire *Sako's Holdings*, la Cour n'a pas conclu qu'il y avait eu erreur de la part du premier juge, qui avait conclu que la preuve était recevable, et elle a donc maintenu la condamnation prononcée contre les appelants.

3. LES DÉCISIONS RENDUES EN D'AUTRES MATIÈRES

L'arrêt *Jarvis* a aussi été invoqué dans diverses autres affaires au soutien de demandes d'exclusion de la preuve en vertu de l'article 24 de la *Charte*. Il s'agit de cas qui s'apparentent à certains égards à ce qui peut se passer en matière fiscale, lorsque des examens sont effectués à la fois à des fins civiles et pénales et qui exigent que l'on qualifie la nature de l'intervention effectuée pour déterminer si les droits reconnus aux accusés doivent s'appliquer.

3.1. LA REINE C. MERCER⁷⁰

Mercer, un éminent avocat de St. John's, a été accusé de fraude relativement à certaines activités effectuées par l'entremise d'une société d'investissement et de prêt dont il était administrateur.

Les accusations faisaient suite à des irrégularités découvertes lors de la liquidation de la société, qui a omis de rembourser certaines obligations à l'échéance. Un enquêteur avait été désigné aux termes de la loi réglementant les valeurs mobilières dans la province de Terre-Neuve & Labrador. La division de droit civil du ministère de la Justice avait informé le Directeur des poursuites publiques (ci-après « DPP ») de la tenue de cette enquête et ce dernier avait relayé cette information, sans fournir le nom de la cible de l'enquête, à un agent de la Gendarmerie royale du Canada (ci-après « GRC »), ajoutant qu'il y avait des indices de transactions frauduleuses, qu'il recevrait des informations additionnelles et qu'il confierait cette affaire à la GRC si l'enquête devait révéler que des actions criminelles avaient été commises. Quelques jours plus tard, le DPP a adressé une note à un inspecteur de la GRC, relatant les faits préliminaires constatés par l'enquêteur et lui demandant d'examiner ces éléments pour déterminer s'il y avait lieu d'entreprendre une enquête criminelle. Cette enquête a

⁷⁰ 103 C.R.R. (2^e) 232 (C.S. T.-N.&L.) (ci-après « *Mercer* »).

effectivement été entreprise et a donné lieu à des perquisitions et saisies dont certaines étaient largement fondées sur les éléments du rapport de l'enquêteur nommé en vertu de la loi sur les valeurs mobilières. Se pose alors la question de savoir quel était l'objet prédominant de l'enquête effectuée aux termes de l'ordonnance rendue en vertu de la législation de cette province réglementant les valeurs mobilières.

L'accusé a demandé l'exclusion de la preuve sur la base que celle-ci a été obtenue en violation de ses droits garantis par la *Charte*.

Le jugement sur cette demande a été rendu le 25 février 2003 par le juge Rowe.

À l'examen des faits entourant cette affaire, le juge a déterminé que les représentants du ministère de la Justice n'avaient pas agi en deux groupes distincts, civil et pénal. Plutôt, la conduite d'un secteur était à tout le moins reliée à l'autre, sinon concertée. À son avis, cela tendait à démontrer que l'objet prédominant de l'examen de l'enquêteur avait un double aspect, soit l'obtention de renseignements au sujet de la société en cause à la fois à des fins de régulation d'ordre économique et dans le but de vérifier si des infractions criminelles avaient été commises⁷¹.

Passant en revue les facteurs énumérés dans l'arrêt *Jarvis*, le juge Rowe a observé notamment que les enquêteurs en matière criminelle avaient voulu utiliser l'enquêteur en matière de valeurs mobilières à titre d'agent, que la preuve recueillie n'était pas seulement pertinente à l'aspect civil de l'affaire et que le DPP avait considéré, dès le départ, l'enquête en matière de valeurs mobilières comme moyen d'obtenir des renseignements pouvant déboucher sur une enquête criminelle⁷².

Le juge Rowe en a conclu que les droits de l'accusé avaient été violés et, après considération des critères applicables à l'examen devant être effectué en vertu de l'article 24 de la *Charte*, il a ordonné l'exclusion d'une partie de la preuve.

⁷¹ *Mercer, id.*, par. 35.

⁷² *Id.*, par. 37.

3.2. **BOUCHARD C. LA REINE**⁷³

L'appelant avait été déclaré coupable par un jury de fraude à l'endroit du gouvernement du Canada pour avoir permis que des employés sous sa supervision travaillent tout en recevant des prestations d'assurance-emploi. Le juge de première instance avait rejeté avant le procès sa demande d'arrêt des procédures. L'accusé avait invoqué la violation de son droit au silence parce que ces employés avaient été interrogés par l'enquêteur de Développement et Ressources humaines Canada et par un agent de la GRC, qui menaient ainsi une enquête criminelle dans le cadre d'une enquête « soi-disant » administrative.

L'arrêt a été rendu le 4 avril 2003 par les juges Mailhot, Thibault et Morin.

La Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait aucun fondement valable aux prétentions de l'appelant, puisque lui-même n'a pas été interrogé en présence de l'agent de la GRC, que les employés ont reçu des mises en garde et que les déclarations de ceux-ci n'ont pas été déposées en preuve puisqu'ils ont plutôt témoigné. La Cour a estimé de plus que l'arrêt *Jarvis* ne venait pas en aide à l'appelant, puisque cet appel s'en distinguait en ce que nulle contrainte n'avait été exercée sur lui⁷⁴.

3.3. **LA REINE C. MILLIGAN**⁷⁵

Il s'agit d'un jugement prononcé le 7 janvier 2004 par le juge Tufts, concernant la poursuite intentée contre le défendeur, M. Milligan, relativement à une contravention en matière d'environnement.

Lorsque le ministère public a clos sa preuve, le défendeur a notamment demandé l'exclusion des éléments de preuve relatifs à ce qui a été constaté lors de l'inspection ayant révélé les faits à la base des accusations portées contre lui.

La loi en cause autorisait l'inspecteur à entrer sur le terrain où l'accusé s'adonnait aux activités qui lui étaient reprochées, soit l'enlèvement de la couche de terre arable, alors qu'il ne détenait pas d'approbation appropriée.

⁷³ [2003] J.Q. n° 3323 (C.A. Qué.) (ci-après « *Bouchard* »).

⁷⁴ *Id.*, par. 6-10.

⁷⁵ [2004] C.P. N.-É. 9.

Le défendeur a prétendu que cette loi ne permettait pas le genre d'inspection « à des fins d'enquête » effectuée en l'espèce et il a invoqué l'arrêt *Jarvis*.

Le juge a rejeté les prétentions de l'accusé en caractérisant la nature de l'inspection de purement administrative, comme la loi le permet.

CONCLUSION

Il est maintenant clair qu'il n'y a plus de controverse quant à l'utilisation des pouvoirs de vérification dans un contexte de recherche d'éléments de preuve reliés à la responsabilité pénale du contribuable : l'utilisation de ces pouvoirs dans ces circonstances entraîne une violation des droits garantis par l'article 7 de la *Charte*.

Cependant, il ne s'ensuit pas que les éléments obtenus par l'exercice de ces pouvoirs, ou la preuve qui en est dérivée, seront nécessairement exclus. Au contraire, les tribunaux semblent reconnaître que ces éléments, lorsqu'ils prennent la forme de documents « préexistants », c'est-à-dire des registres ou pièces, le plus souvent de nature commerciale, dont la tenue est exigée par le régime de réglementation applicable, ne sont pas de la nature d'éléments obtenus en ayant mobilisé l'accusé contre lui-même et, de ce fait, ils semblent accepter que leur utilisation ne portera pas atteinte à l'équité du procès. De plus, on a souligné que les attentes de vie privée à l'égard de ces documents sont minimes. En fait, lorsque l'accusé ne peut faire la démonstration qu'ils n'ont pas été obtenus de bonne foi, il devient alors très difficile pour ce dernier d'établir que c'est leur utilisation plutôt que leur exclusion qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Ainsi, il apparaît que, à la suite de la clarification par la Cour suprême dans l'arrêt *Jarvis*, la partie se joue maintenant davantage à ce niveau de l'exclusion ou non de la preuve, lors de l'instruction de la poursuite.

D'autre part, à mesure que le temps passe, le problème des documents et renseignements obtenus par demande péremptoire en cours d'enquête, plus précisément dans le cas où il y a eu une « décision claire de procéder à une enquête criminelle » (qui ne nécessite donc pas l'examen des facteurs définis dans l'arrêt *Jarvis*), ne devrait plus se poser. On peut prévoir que cet arrêt sera le plus souvent invoqué afin de contrôler la façon dont la vérification aura été effectuée pour déterminer si elle est restée à l'intérieur des limites constitutionnelles à l'utilisation des pouvoirs de contrainte, qui est de ne pas être exercés avec l'objet prédominant de recueillir des preuves liées à la responsabilité pénale du contribuable.

Par ailleurs, compte tenu du fait que la Cour suprême a nettement reconnu la possibilité que des vérifications et des enquêtes puissent être menées en parallèle et que, dans le cadre de la vérification, les pouvoirs de contrainte puissent continuer à être exercés, le critère à respecter en matière d'appel de cotisation pour établir que les droits du contribuable ont été violés apparaît fort exigeant, surtout si le contribuable demande comme réparation l'annulation de la cotisation. En effet, il appartient alors au contribuable de démontrer que les éléments de preuve contestés se rapportent à sa responsabilité pénale (qui, en passant, n'est généralement pas pertinente quant à son obligation fiscale) et qu'il n'y a pas d'autre preuve pour justifier la cotisation.

Enfin, on a vu que l'arrêt *Jarvis* est susceptible de s'appliquer dans d'autres domaines que la fiscalité, c'est-à-dire chaque fois qu'il pourrait y avoir un chevauchement entre des examens à des fins civiles ou administratives et pénales.

PARTIE B

Les enquêtes à caractère pénal – Les arrêts *Jarvis* et *Ling*: le « Rubicon » deux ans plus tard

Stéphane Eljarrat, avocat

Davies Ward Phillips & Vineberg s.e.n.c.r.l., s.r.l.

INTRODUCTION*

En novembre 2002, la Cour suprême du Canada rendait deux décisions unanimes importantes¹ portant sur une question qui faisait depuis plusieurs années l'objet d'une polémique judiciaire², soit les limites imposées aux autorités fiscales³ par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴ quant à l'utilisation des larges pouvoirs de vérification conférés aux autorités fiscales et des renseignements obtenus en vertu de ceux-ci aux fins d'enquêtes à caractère pénal.

En effet, les juges de première instance siégeant en matière pénale avaient souvent à se prononcer sur cette question dans le cadre de poursuites pour évasion fiscale. L'affaire *Saplys*⁵ en est un exemple. Le juge MacKenzie s'exprimait en ces termes quant à l'utilisation, aux fins de poursuites pénales, des pouvoirs conférés aux autorités fiscales dans le cadre de vérifications de nature administrative :

* L'auteur tient à remercier M^e Jean Philippe Groleau pour sa contribution.

¹ *La Reine c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757 (ci-après « *Jarvis* »); *La Reine c. Ling*, [2002] 3 R.C.S. 814 (ci-après « *Ling* »).

² Notamment : *La Reine c. Yip*, [2000] A.Q.B. 873 (C.A. Alb.); *La Reine c. Anderson*, [1999] S.K.P.C. 99039 (C.A. Sask.); *La Reine c. Saplys*, (1999) 132 C.C.C. (3^e) 515 (ci-après « *Saplys* »); *Robert c. Viccars*, [1998] B.C.J. 3184 (C.A.); *La Reine c. Melnychuk*, [2002] S.K.C.A. 92 et *La Reine c. Norway Insulation*, (1995) 23 O.R. (3^e) 432.

³ Aux fins d'allègement du texte, l'auteur fait référence aux dispositions de la loi fédérale et son application par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») relativement à l'impôt. Il existe toutefois des dispositions similaires dans la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, c. E-15 et mod. De plus, au niveau provincial, la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »), contient également des dispositions similaires.

⁴ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, L.R.C. (1985), app. II, n° 44 (ci-après « *Charte* »).

⁵ Précité, note 2.

« It is particularly repugnant when the tax regime is founded on initial self-assessment and the regulatory branch of the tax administration is understood by taxpayers and their advisors as having responsibility for compliance and not for investigation into suspected criminal wrongdoing and the gathering of evidence in such investigations. The courts are the guardians of the rights and freedoms under the *Charter* and the fundamental values of a free society that inspire them. To allow the insulation of Hui's audit in furtherance of SI's criminal investigation would, in my opinion, give SI carte blanche to engineer substantial impairment by the simple expedient using an unwitting auditor to conduct an apparent compliance audit for the predominant purpose of aiding a criminal investigation⁶. »

Cette problématique prend sa source dans le fait que l'ARC a un double mandat, soit d'une part celui de mener des vérifications de nature administrative, mais également celui de mener des enquêtes en matière d'évasion fiscale. Or, dans ce second rôle, l'ARC doit respecter toutes les garanties juridiques que procurent la *Charte*. C'est cette question que nous allons analyser dans le présent texte.

Dans la première partie, nous examinerons les deux types de mandats de l'ARC ainsi que les différentes règles qui s'y appliquent. Ensuite, nous nous pencherons sur les enseignements de l'arrêt *Jarvis*, et plus particulièrement sur les garanties juridiques offertes par la *Charte* contre les enquêtes pénales effectuées par l'ARC. Enfin, dans la partie la plus importante de ce texte, nous discuterons des récents développements jurisprudentiels relativement à ces questions.

1. LE DOUBLE MANDAT DE L'ARC

1.1. EN MATIÈRE CRIMINELLE

Les enquêtes en matière d'évasion fiscale relèvent du service des « enquêtes spéciales », dont le rôle est défini par l'ARC comme suit :

« La principale responsabilité des enquêtes spéciales est d'enquêter sur les cas importants où l'on soupçonne qu'il y a eu évasion fiscale, dans le but de recueillir des preuves de toute infraction criminelle qui a pu être commise, et si de telles preuves sont recueillies, de prendre des dispositions en vue de porter l'affaire devant les tribunaux en vertu de l'article 239 de la loi⁷. »

⁶ *Saphys*, précité, note 2, 524.

⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 73-10R3, « Évasion fiscale », 13 février 1987, par. 7.

Le service des enquêtes spéciales agit en pratique en tant qu'organisme d'enquêtes policières, la seule différence notable étant que les fonctionnaires de l'ARC affectés aux enquêtes spéciales ne sont pas des agents de la paix au sens de l'article 2 du *Code criminel*⁸.

Le but de toute enquête à caractère pénal est de recueillir de la preuve permettant d'établir qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise afin de pouvoir porter des accusations.

La *Loi de l'impôt sur le revenu*⁹ crée plusieurs infractions, notamment :

- a) omission de transmettre une déclaration de revenus lorsque la *Loi de l'impôt sur le revenu* le requiert (par. 238(1) L.I.R.);
- b) déclarations fausses ou trompeuses dans une déclaration de revenus ou dans tout autre document produit, présenté ou fait en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (al. 239(1)a) L.I.R.);
- c) destruction, altération, mutilation ou dissimulation des registres de livres de comptes dans le but d'éluder le paiement d'un impôt payable (al. 239(1)b) L.I.R.);
- d) inscriptions fausses ou trompeuses ou omissions d'inscrire un détail important dans les registres ou livres de comptes (al. 239(1)c) L.I.R.); et
- e) éluder ou tenter d'éluder la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou le paiement d'un impôt payable (al. 239(1)d) L.I.R.).

Les infractions prévues à l'article 239 L.I.R. sont de nature criminelle et peuvent faire l'objet de poursuites par voie de mise en accusation en vertu du pouvoir discrétionnaire du Procureur général reconnu au paragraphe 239(2) L.I.R. Une condamnation peut entraîner pour le contribuable de lourdes amendes ou une peine d'emprisonnement, ou les deux à la fois :

⁸ L.R.C. (1985), c. C-46 et mod. (ci-après « C.cr. »). Seuls les anciens fonctionnaires de l'Agence des douanes et du revenu du Canada qui possédaient les pouvoirs d'un agent des douanes ou d'un préposé de l'accise et qui exerçaient leurs fonctions en vertu de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), 2^e supp., c. 1 ou de la *Loi sur la taxe d'accise* étaient des agents de la paix.

⁹ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

« Les infractions décrites à l'art. 239 (fraude, tromperie, destruction et altération de documents, déclarations fausses, faux documents et évasion fiscale volontaire) sont de nature criminelle et sont clairement préjudiciables à l'État. Ces infractions peuvent faire l'objet de poursuites en vertu d'un acte d'accusation et des peines d'emprisonnement importantes peuvent être infligées. La Loi, qui dépend de l'intégrité du contribuable, impose une obligation publique et un manquement à cette obligation publique fondamentalement importante devrait constituer une infraction criminelle. Le fait que la Loi porte sur la taxation n'empêche pas ses dispositions pénales d'être qualifiées de droit criminel¹⁰. »

En matière d'évasion fiscale, le moyen d'enquête le plus couramment utilisé est le mandat de perquisition. Un mandat de perquisition peut être décerné par un juge de paix¹¹ *ex parte* sur la foi d'un document assermenté nommé la « Dénonciation »¹².

La Dénonciation est rédigée par l'enquêteur qui doit énoncer, de manière complète et sincère¹³, les faits démontrant qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise. La preuve au soutien de la Dénonciation doit avoir été obtenue par des moyens légaux et dans le respect des droits constitutionnels de la personne qui est sous enquête.

1.2. EN MATIÈRE CIVILE

À l'opposé, les vérificateurs de l'ARC qui effectuent des vérifications de nature administrative disposent de moyens beaucoup plus étendus et moins contraignants pour recueillir la preuve nécessaire à l'établissement d'une cotisation.

Ainsi, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, en vertu du principe de l'autocotisation, impose aux contribuables les obligations suivantes :

a) transmettre leurs déclarations de revenus (art. 50 et 231.2 L.I.R.);

¹⁰ Propos de la juge Wilson de la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338.

¹¹ Dans l'arrêt *La Reine c. Pomerleau*, REJB 2003-52032, [2003] J.Q. n° 19020 (C.A.), la Cour d'appel du Québec a conclu que les juges de paix à pouvoirs restreints du Québec ne jouissent pas des garanties minimales d'indépendance pour décerner des mandats de perquisition.

¹² Soit en vertu de l'article 231.3 L.I.R. ou en vertu de l'article 487 C.cr.

¹³ *La Reine c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 1421.

- b) tenir des registres et des livres de comptes (y compris un inventaire annuel, le cas échéant) (art. 230 et 230.1 L.I.R.);
- c) permettre des inspections, des examens et des vérifications des livres et registres ainsi que de tous les documents qui se rapportent ou peuvent se rapporter aux renseignements contenus dans les livres et registres ou à tout montant d'impôt payable (al. 231.1(1)a) L.I.R.);
- d) permettre l'examen, le cas échéant, des biens portés à l'inventaire ou de tout procédé comptable dont l'examen peut aider à vérifier l'exactitude de l'inventaire ou encore tout montant d'impôt payable (al. 231.1(1)b) L.I.R.);
- e) permettre aux personnes autorisées en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de pénétrer dans un lieu où est soit exploitée une entreprise, soit gardé un bien, soit faite une chose se rapportant à l'exploitation d'une entreprise et où sont tenus ou devraient être tenus des livres et registres (al. 231.1(1)c) L.I.R.);
- f) fournir toute l'aide raisonnable et répondre à toutes les questions pertinentes à l'application et à l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (al. 231.1(1)d) L.I.R.);
- g) fournir, sur demande, toute information ou document dans le cadre de l'application et de l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (art. 231.2 L.I.R.).

Un outil particulièrement prisé par les vérificateurs est la demande péremptoire qui, en vertu de l'article 231.2 L.I.R., permet, par le biais d'une simple lettre, de contraindre un contribuable ou un tiers à fournir des documents ou renseignements. Le refus de se soumettre à une telle demande peut notamment entraîner des poursuites criminelles.

Dans *La Reine c. McKinlay Transport*¹⁴, la Cour suprême a conclu que les vérificateurs n'avaient pas besoin d'avoir des motifs raisonnables de croire qu'une infraction avait été commise pour pouvoir recourir à une demande péremptoire dans le cadre d'une vérification administrative : « L'objet des par. 231(3) et 238(2), considérés simultanément, n'est pas de sanctionner une conduite criminelle mais d'imposer le respect de la Loi¹⁵. »

¹⁴ [1990] 1 R.C.S. 627.

¹⁵ *Id.*, le paragraphe 231(3) L.I.R. a été remplacé depuis par l'article 231.2 L.I.R.

Mais qu'en est-il lorsque l'enquête menée par les autorités fiscales a pour objectif réel de recueillir de la preuve sur un crime d'évasion fiscale?

2. GARANTIES JURIDIQUES

2.1. LE « RUBICON »

On peut comprendre que certains enquêteurs soient tentés de vouloir recourir aux vastes pouvoirs de vérification en matière administrative, et notamment au mécanisme des demandes péremptoires, pour faire avancer leurs enquêtes sans avoir à obtenir une autorisation judiciaire préalable aux fins d'une perquisition.

Toutefois, selon que le contribuable fait face à une vérification administrative, soit aux fins de la préparation de cotisations, ou plutôt à une enquête à caractère pénal, soit aux fins de poursuites criminelles, les garanties dont il bénéficie en vertu de la *Charte* ne s'appliqueront pas de la même façon. C'est dans ce contexte de dualité des fonctions de l'ARC et dans ce cadre constitutionnel que la Cour suprême a rendu sa décision dans l'affaire *Jarvis*.

La Cour suprême y énonce que, si les pouvoirs de vérification de l'ARC, y compris celui de faire des demandes péremptoires, sont fort étendus lorsqu'il s'agit simplement de déterminer d'un point de vue civil l'impôt payable, ces mêmes pouvoirs ne peuvent être utilisés par l'ARC dans le cadre d'enquêtes à caractère pénal en raison de la *Charte*. La question primordiale est donc de déterminer, dans les mots de la Cour suprême, à partir de quel moment l'ARC « franchit le Rubicon » et perd ses vastes pouvoirs d'enquête pour se soumettre aux garanties juridiques que procure la *Charte*.

Dans l'arrêt *Jarvis*, la Cour suprême a énoncé les facteurs suivants à considérer pour faire cette détermination :

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

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

À l'exception de la décision claire de procéder à une enquête criminelle, aucun facteur n'est nécessairement déterminant en soi.

Plus troublant en pratique, la Cour en est arrivée à la conclusion que rien n'empêchait l'ARC de mener parallèlement une enquête criminelle et une vérification administrative.

Toutefois, dans un tel cas, si les enquêteurs peuvent utiliser les renseignements obtenus conformément aux pouvoirs de vérification de l'ARC avant le début de l'enquête criminelle, ils ne peuvent se servir de renseignements obtenus conformément à ces mêmes pouvoirs après le début de l'enquête sur la responsabilité pénale et ainsi les échanges de renseignements entre les enquêtes spéciales et les vérificateurs sont dès lors interdits.

2.2. LES GARANTIES CONSTITUTIONNELLES

Lorsqu'un examen a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, il existe une relation de nature contradictoire entre le contribuable et l'État, et toutes les garanties prévues par la *Charte*, pertinentes dans un contexte criminel, s'appliquent automatiquement.

Les règles relatives à l'obtention de preuve dans le cadre d'une enquête à caractère pénal sont aménagées d'un point de vue constitutionnel par les articles 7 et 8 de la *Charte*.

L'article 7 prévoit ce qui suit : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

De façon pratique, l'article 7 de la *Charte* confère une protection constitutionnelle contre l'auto-incrimination en interdisant aux autorités fiscales qui enquêtent sur des infractions de nature pénale d'avoir recours aux mécanismes d'inspection et de demande péremptoire établis par les paragraphes 231.1(1) et 231.2(1) L.I.R. aux fins d'obtenir des déclarations des contribuables. Les enquêteurs de l'ARC doivent alors donner la mise en garde appropriée au contribuable visé par l'enquête afin de lui indiquer que, compte tenu de la nature criminelle de l'enquête, il a le droit de garder le silence.

L'article 8 prévoit quant à lui ceci : « Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. »

Dans l'arrêt *Jarvis*, la Cour suprême notait que le droit au respect de la vie privée du contribuable, garanti par l'article 8, était très restreint en ce qui concerne les documents qu'il devait tenir conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et produire au cours d'une vérification.

C'est donc dire que, lorsqu'un vérificateur a examiné ou exigé un document en vertu des paragraphes 231.1(1) et 231.2(1) L.I.R., on ne peut véritablement prétendre que le contribuable s'attendait raisonnablement à ce que le vérificateur en préserve la confidentialité. Par conséquent, aucune règle générale n'empêche alors les vérificateurs de transmettre à un enquêteur des dossiers contenant des renseignements de vérification obtenus valablement, c'est-à-dire avant le début de l'enquête sur une possible évasion fiscale.

Toutefois, à partir du moment où l'ARC cherche véritablement à obtenir de la preuve aux fins de poursuites pénales, ses enquêteurs ne peuvent plus recourir au mécanisme de la demande péremptoire pour obtenir la communication de documents des contribuables et doivent plutôt obtenir des mandats de perquisition.

Lorsqu'un tribunal conclut à la violation des droits garantis par la *Charte* par un agent de l'État, y compris les autorités fiscales, il peut accorder une réparation en vertu des paragraphes 24(1) et 24(2) de la *Charte*, qui prévoient ceci :

« 24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

24. (2) Lorsque dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits [...] garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi [...] que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. »

Ainsi, les autorités fiscales ne peuvent bénéficier d'une preuve obtenue en violation des articles 7 ou 8 de la *Charte*. Par exemple, toute déclaration obtenue d'un contribuable sans que ce dernier ait été mis au courant de la nature criminelle de l'enquête et de son droit au silence, par exemple, lors d'une demande péremptoire, pourra être exclue dans le cadre d'un éventuel procès criminel. Il en est de même de la preuve obtenue à la suite de la délivrance d'un mandat de perquisition lorsque lui-même fut délivré sur la base d'une preuve obtenue illégalement.

Par ailleurs, même dans le cadre de procédures en appel de cotisations, la preuve obtenue par les autorités fiscales en violation des articles 7 ou 8 de la *Charte* pourra être exclue. Dans les cas les plus extrêmes où les cotisations reposent en totalité sur une telle preuve illégale, les cotisations elles-mêmes pourront être annulées.

Enfin, les contribuables peuvent également se servir de la *Charte* comme épée plutôt que comme bouclier en attaquant directement en cour une demande péremptoire faite ou un mandat de perquisition obtenu en violation de ses articles 7 ou 8.

3. DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS

3.1. *JTI-MACDONALD CORP. C. SMRQ*

Dans l'affaire *JTI-Macdonald Corp. c. SRMQ*¹⁶, le contribuable, s'appuyant sur l'arrêt *Jarvis*, tentait d'obtenir le sursis de demandes péremptoires formulées par Revenu Québec en vertu de l'article 39 L.M.R. (l'équivalent de l'article 231.2 L.I.R.) au motif que Revenu Québec cherchait alors à obtenir des renseignements aux fins d'une enquête criminelle.

Accueillant la requête du contribuable, la Cour supérieure soulignait que, même après l'arrêt *Jarvis*, la tentation pour les autorités fiscales de passer outre à la démarcation entre la vérification et l'enquête était encore bien présente :

¹⁶ C.S. Montréal, n° 500-17-015132-031, 9 juillet 2003, j. Chrétien.

« [21] Dans ce contexte, l'on constate que le dossier du ministère du Revenu est piloté par son Service d'enquête sur les fraudes fiscales et non par son Service de vérification. De plus, la nouvelle vérification semble s'éloigner des préoccupations générales de vérification du ministère puisqu'il n'y a pas eu de recherches pour retrouver dans le dossier de vérification antérieur s'il pouvait s'y trouver des renseignements utiles. En effet, M^{me} Verreault apprend, en lisant la requête de JTI dans la présente cause, que les vérificateurs antérieurs avaient déjà demandé à voir les exportations en 1996, alors qu'ils faisaient la vérification des années antérieures.

[22] L'on apprend aussi, de l'affidavit de M^{me} Verreault, que le ministère du Revenu a cherché à obtenir copie de la liste des informations saisies par la G.R.C. à la suite du mandat de perquisition obtenu dans le cadre de l'enquête criminelle sur JTI relativement à l'affaire de la contrebande et, aussi, copie dudit mandat. Bien que M^{me} Verreault indique que ce soit pour des fins civiles seulement, une certaine perplexité peut inviter à la prudence à ce sujet. »

3.2. **KLINGMAN C. MRN**¹⁷

Cinq contribuables, soit deux individus et trois sociétés, avaient présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale, Division de première instance, dans le but de faire casser des demandes de renseignements de l'ARC formulées en vertu des alinéas 231.2(1)a) et 231.2(1)b) L.I.R. en date du 12 janvier 2001.

L'ARC désirait obtenir des renseignements relativement à des dons qu'auraient faits les contribuables à des organismes de charité de 1992 à 1999. Quant aux deux individus, l'ARC tentait d'obtenir des numéros de comptes sur lesquels des chèques avaient été tirés afin de payer les dons. L'ARC tentait également d'obtenir des chèques oblitérés, des relevés bancaires, des reçus, le journal des décaissements, le grand livre, des écritures de rajustement ainsi que la balance de vérification.

C'est dans ce contexte que les contribuables s'adressèrent à la Cour fédérale, alléguant que les demandes de l'ARC constituaient des saisies illégales en ce qu'elles dérogeaient aux articles 7 et 8 de la *Charte*. Ils demandaient également à la Cour de prononcer une ordonnance d'exclusion de la preuve en vertu de l'article 24 de la *Charte*.

La Cour suprême du Canada ayant rendu ses motifs dans les arrêts *Jarvis* et *Ling* après l'audition mais avant le prononcé du jugement en première instance par la Cour fédérale, cette dernière a donc permis aux

¹⁷ [2004] C.A.F. 152 (ci-après « *Klingman* »).

parties de produire des actes de procédure amendés afin de tenir compte de ces deux décisions.

La Cour fédérale reprit, d'abord, le principe de base qui ressort des arrêts *Jarvis* et *Ling*, à savoir qu'une relation contradictoire naît entre l'ARC et le contribuable dès le moment où l'objet prédominant de l'enquête devient l'établissement d'une responsabilité pénale.

La Cour réitérait, ensuite, que la distinction entre une enquête administrative et une enquête criminelle requiert une analyse, le facteur primordial étant l'examen des valeurs en jeu.

Toujours selon la Cour, la simple existence de motifs raisonnables ainsi que la décision de la section des enquêtes spéciales de procéder à une enquête n'étaient pas en soi déterminantes. Elle faisait ensuite remarquer que l'expectative de vie privée des contribuables en matière de livres et registres était réduite et qu'il n'y avait pas non plus d'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée.

Il appert qu'en première instance la Cour accorda beaucoup de poids aux déclarations de l'enquêteur lors de son contre-interrogatoire, indiquant que son but principal était de recueillir des preuves pour démontrer qu'une infraction criminelle avait été commise.

Le juge de première instance conclut, en ce qui concerne les individus, qu'il y avait violation de l'article 7 de la *Charte* dans la mesure où « l'ARC ne peut espérer que les contribuables lui communiquent des renseignements dont l'effet sera d'aider l'État à les priver de leur liberté »¹⁸.

Quant aux sociétés, le premier juge déclara que, dans la mesure où elles devaient tenir des registres à des fins administratives et aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, leur expectative de vie privée était « minime ». Au sujet de cette expectative de vie privée réduite, il résumait sa pensée comme suit :

« Le droit des personnes morales à la vie privée est notablement restreint par comparaison au droit correspondant des particuliers. Les valeurs sur lesquelles repose le droit des particuliers à la vie privée sont la reconnaissance et le respect de l'intégrité physique et psychologique des êtres humains. Ces valeurs sont tout simplement absentes dans le cas des personnes morales. Par conséquent, je suis d'avis que ni l'article 7 ni l'article 8 de la *Charte* ne seront transgressés si

¹⁸ *Id.*, par. 73.

les sociétés demanderesse sont contraintes de se conformer aux directives mises par l'ADRC¹⁹. »

Les contribuables, qui ne contestaient pas la constitutionnalité de l'article 231.2 L.I.R., faisant plutôt valoir que les perquisitions en l'espèce étaient abusives étant donné qu'elles n'avaient pas été légalement autorisées par un tribunal, alléguaient que l'annulation des demandes péremptoires était une réparation qui pouvait être prononcée par le tribunal.

Dans leurs procédures amendées, les contribuables invoquaient le fait qu'il était préférable d'adopter une approche préventive au lieu de statuer sur la recevabilité d'éléments de preuve une fois recueillis. De leur côté, les autorités fiscales argumentaient que le paragraphe 24(2) de la *Charte* ne s'appliquait tout simplement pas puisque aucun élément de preuve n'avait en fait été recueilli.

La Cour décida que les autorités fiscales avaient raison de soutenir que le paragraphe 24(2) de la *Charte* ne s'appliquait pas dans la mesure où la preuve que l'on tentait d'obtenir au moyen de demandes de renseignements n'avait pas encore été produite.

Cependant, la Cour exerça le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 24(1) de la *Charte* pour accorder « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances », soit annuler les demandes de l'ARC adressées aux deux contribuables qui étaient des individus. Les trois demandes adressées aux contribuables qui étaient des personnes morales furent maintenues.

La Cour d'appel fédérale, dans une décision partagée, se prononça sur plusieurs points soulevés par le jugement de première instance et plus particulièrement sur :

- l'argument selon lequel le recours au paragraphe 24(2) de la *Charte* était prématuré dans les circonstances; et
- les motifs suivant lesquels les personnes morales ne bénéficient pas de la même protection constitutionnelle que les individus.

Sur la question du recours au paragraphe 24(2) de la *Charte* au stade de l'enquête, le juge Létourneau, pour la majorité, rejeta la prétention de l'ARC

¹⁹ *Id.*, par. 74.

selon laquelle les appelantes devaient se conformer aux demandes péremptoires et, comme il avait été fait dans l'arrêt *Jarvis*, s'opposer par la suite à la recevabilité en preuve des renseignements ainsi fournis au stade du procès. Résumant la position de l'ARC, le juge Létourneau écrivait :

« Selon la prétention de l'intimé, il serait interdit au contribuable de faire valoir à titre préventif le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives qui lui est reconnu par la *Charte* et d'empêcher la violation imminente de ce droit. Le contribuable pourrait uniquement demander une réparation discrétionnaire en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte*, ce qui minerait sérieusement l'effet bénéfique protecteur de la *Charte*. »

Selon le juge, dans l'affaire *Jarvis*, les documents avaient déjà été obtenus et la seule possibilité qui s'offrait à l'accusé dans son procès criminel pour fraude fiscale était de s'opposer à la recevabilité de ces documents. Or, tel n'était pas le cas lorsque, comme en l'instance, le contribuable s'opposait à la demande péremptoire dès sa formulation par l'ARC.

Le juge Létourneau réitérait ainsi les principes énumérés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*²⁰, où le juge Dickson insistait sur le fait qu'il était important d'obtenir au préalable l'autorisation nécessaire pour procéder à une fouille ou à une perquisition :

« Si la question à résoudre en appréciant la constitutionnalité des fouilles et des perquisitions effectuées en vertu de l'art. 10 était de savoir si en fait le droit du gouvernement d'effectuer une fouille ou une perquisition donnée l'emporte sur celui d'un particulier de résister à l'intrusion du gouvernement dans sa vie privée, il y aurait alors lieu de déterminer la prépondérance des droits en concurrence après que la perquisition a été effectuée. Cependant, une telle analyse après le fait entrerait sérieusement en conflit avec le but de l'art. 8. Comme je l'ai déjà dit, cet article a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée. Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente. »

Le juge Létourneau citait ensuite la juge Wilson, qui avait appliqué ce même raisonnement aux saisies dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*²¹. Au paragraphe 93, la juge écrit ce qui suit :

²⁰ [1984] 2 R.C.S. 145, 160.

²¹ [1990] 1 R.C.S. 425.

« À mon avis, ce que dit le juge Dickson concernant les fouilles et les perquisitions s'applique également aux saisies. Il est illogique de prétendre que l'art. 8 ne joue que dès que les renseignements confidentiels deviennent publics. S'il en était ainsi, l'art. 8 n'accorderait qu'une protection tout à fait illusoire. Le fait qu'un individu puisse contester la validité de l'ordonnance avant de produire les documents est, à mon avis, pertinent non pas relativement à la question de savoir s'il y a eu une saisie, mais relativement à celle de savoir si la saisie effectuée est raisonnable. »

Le juge Létourneau, se tournant vers l'arrêt *Jarvis*, énonce que « [...] le paragraphe 231.2(1) de la Loi ne peut pas être invoqué pour les besoins d'une enquête criminelle, c'est-à-dire une enquête dont l'objet prédominant est d'établir la responsabilité pénale du contribuable ».

Finalement, sur la question de l'applicabilité des principes énoncés dans l'arrêt *Jarvis* aux contribuables corporatifs, il conclut que le juge de première instance avait erré en établissant une distinction entre les individus et les compagnies :

« J'aimerais ajouter que, dans les conclusions qu'elle a tirées au sujet de la possibilité d'utiliser les pouvoirs de contrainte conférés au paragraphe 231.2(1) de la Loi, la Cour suprême ne fait pas de distinction entre un particulier et une société : ces pouvoirs ne peuvent pas être utilisés pour faire progresser une enquête criminelle. Je suis d'accord avec ma collègue lorsqu'elle dit que le juge des requêtes, après avoir conclu que l'enquête était une enquête criminelle, ne pouvait pas se fonder sur des considérations liées à la *Charte* pour autoriser le recours aux pouvoirs de contrainte. Les protections accordées par la *Charte* sont le corollaire d'une conclusion selon laquelle l'enquête est une enquête criminelle. On ne saurait y avoir recours afin de miner ou de contourner les effets juridiques de cette conclusion. »

Quant au juge Nadeau dans ses motifs concurrents, il rappela que les critères énoncés dans l'arrêt *Jarvis* pour déterminer si on fait face à une enquête ou à une vérification ne sont pertinents que lorsque l'affaire est entre les mains des enquêteurs et que ceux-ci mènent clairement une enquête criminelle.

On retiendra de l'affaire *Klingman* son interprétation de l'arrêt *Jarvis* suivant laquelle les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sur les mécanismes de vérification, d'inspection et de demande péremptoire ne peuvent s'appliquer lorsqu'un tribunal détermine que l'objet prédominant de l'enquête est de recueillir de la preuve qu'une infraction a été commise.

3.3. DWYER C. LA REINE²²

Dans cette affaire, M. Dwyer interjeta appel d'un jugement du juge McArthur, de la Cour canadienne de l'impôt, qui avait rejeté son appel à l'encontre de nouvelles cotisations émises pour ses années d'imposition 1987, 1988, 1989, 1990 et 1991.

Les nouvelles cotisations des années 1987 à 1990 incluaient dans le revenu de M. Dwyer des intérêts créditeurs, provenant d'hypothèques résidentielles, et établissaient des intérêts et pénalités pour la non-déclaration de ces intérêts créditeurs par le contribuable. Quant à l'année d'imposition 1991, la nouvelle cotisation ne comportait que les intérêts créditeurs provenant d'hypothèques résidentielles.

M. Dwyer, entre 1976 et 1991, avait investi dans environ 78 hypothèques résidentielles, pour lesquelles il employait des méthodes commerciales relativement simples mais efficaces.

Dans le cadre de l'exploitation de son entreprise, il utilisait les services de courtiers en prêts hypothécaires et d'avocats et exigeait un taux d'intérêt allant de 15 % à 20 %, qui tenait compte du risque des prêts, auxquels intérêts s'ajoutaient des intérêts de pénalisation et des pénalités de remboursement.

Le *modus operandi* de M. Dwyer était de déposer le principal de ses hypothèques dans quatre comptes, soit deux à la Caisse de crédit communautaire de Peterborough (ci-après « PCCU »), et deux au National Trust. Dans chaque institution, il y avait un compte à son nom et l'autre à celui de son épouse, et les intérêts étaient portés au crédit de quatre autres comptes, répartis de la même manière.

M. Dwyer gérait personnellement tous les comptes. Selon l'enquête menée par les autorités fiscales, M. Dwyer avait réussi à accroître son actif total de 460 483 \$ en décembre 1986 à 1 717 147 \$ en décembre 1990.

L'ARC a commencé à s'intéresser aux affaires de M. Dwyer à la suite d'un signalement anonyme indiquant que M. Dwyer ne déclarait pas les intérêts créditeurs de ses hypothèques.

²² [2003] C.A.F. 322.

Sur la foi de ces informations, Eric Fransky, un employé de l'ARC affecté aux enquêtes spéciales, fut prié d'enquêter sur M. Dwyer. Il passa d'abord en revue les déclarations de revenus de M. Dwyer pour les années 1989 et 1990, afin de vérifier si des intérêts hypothécaires avaient été déclarés. La réponse fut négative.

M. Fransky examina donc les documents du bureau d'enregistrement immobilier afin de vérifier si M. Dwyer avait effectivement des hypothèques. Comme il y avait des preuves en ce sens, et puisque M. Dwyer n'avait pas déclaré d'intérêts créditeurs provenant d'hypothèques, M.

Fransky poursuivit son enquête et envoya au directeur de la PCCU une demande péremptoire lui enjoignant de produire des documents ou des renseignements sur les opérations bancaires de M. Dwyer, le tout en vertu du paragraphe 231.2(1) L.I.R.

Après examen des documents et renseignements obtenus de la PCCU et après une rencontre avec un ancien client de M. Dwyer, M. Fransky commença à entretenir de sérieux doutes sur les activités de M. Dwyer.

Il décida alors d'obtenir des mandats en vue de perquisitionner au domicile de M. Dwyer, dans les bureaux de ses avocats ainsi qu'au tribunal où des dossiers étaient conservés depuis un procès entre M. Dwyer et un certain Hunter, procès qui concernait une hypothèque détenue par M. Dwyer. Les mandats furent exécutés le 31 mars 1992.

M. et M^{me} Dwyer collaborèrent pleinement avec les enquêteurs chargés d'exécuter le mandat de perquisition qui étaient supervisés par un certain Ray Finkle.

Le 14 avril 1992, M. et M^{me} Dwyer furent interrogés par Eric Fransky et son supérieur immédiat, Peter Heryet. Les Dwyer furent informés de leurs droits et informés également du fait qu'ils étaient l'objet d'une enquête criminelle. On leur a aussi demandé s'ils souhaitaient avoir recours à l'assistance d'un avocat. Ils répondirent par la négative.

Le 18 juin 1992, soit près de trois mois après les perquisitions, une demande péremptoire ordonnant la production de documents et de renseignements était signifiée au National Trust, à Peterborough. Cette demande péremptoire avait pour but de permettre à l'ARC d'obtenir des renseignements et documents additionnels concernant les activités bancaires de M. Dwyer.

Le 24 juin 1992, des demandes péremptoires semblables étaient également signifiées à plusieurs avocats qui avaient représenté des clients hypothécaires de M. Dwyer. Une autre demande péremptoire était signifiée au National Trust le 2 octobre 1992.

Le 26 mars 1993, l'ARC portait des accusations contre M. Dwyer, l'accusant de s'être soustrait délibérément à ses obligations fiscales et d'avoir fait de fausses affirmations dans ses déclarations de revenus pour les années d'imposition 1989 et 1990.

Lors du procès criminel, on apprendra que M. Finkle, l'agent de l'ARC qui avait dirigé les enquêteurs chargés d'exécuter le mandat de perquisition au domicile des Dwyer le 31 mars 1992, avait subséquemment demandé un prêt à M. Dwyer au cours d'une visite à leur domicile pour leur expliquer les nouvelles cotisations.

Le 15 février 1996, M. Dwyer était acquitté de tous les chefs d'inculpation.

En parallèle à l'enquête criminelle, le 25 mars 1993, de nouvelles cotisations avaient été émises pour les années d'imposition 1987 à 1990, cotisations qui furent confirmées le 29 mai 1998. M. Dwyer fit alors appel à la Cour canadienne de l'impôt quant à ces nouvelles cotisations. Le 10 juillet 2001, le juge McArthur rejetait son appel.

Devant la Cour d'appel fédérale, M. Dwyer reprochait au juge de la Cour de l'impôt d'avoir commis plusieurs erreurs, notamment de ne pas avoir décidé que la conduite de l'ARC constituait un abus de procédure, d'une part, et de ne pas avoir conclu qu'il y avait eu violation des articles 7 et 8 de la *Charte* dans la manière dont les éléments de preuve au soutien des nouvelles cotisations avaient été obtenus, d'autre part.

La Cour fédérale ne lui donna raison sur aucun de ces moyens.

Elle rappela les principes énoncés dans l'arrêt *Jarvis*, à savoir que les pouvoirs de vérification ne peuvent être employés pour recueillir de la preuve dans le cadre d'une enquête à caractère pénal et que les autorités fiscales peuvent mener en parallèle une vérification et une enquête à caractère pénal. Suivant ces principes, la Cour conclut que le fait d'utiliser le mécanisme de demande péremptoire dans le cadre d'une vérification administrative parallèle, même après l'exécution de mandats de perquisition, ne constituait pas un abus de procédure.

Finalement, répondant à l'argument selon lequel les éléments de preuve avaient été obtenus en violation des articles 7 et 8 de la *Charte* et selon lequel ils devaient, par conséquent, être exclus, la Cour indiqua qu'elle n'était pas convaincue que l'ARC avait franchi le Rubicon au moment où elle avait signifié la demande péremptoire initiale à la PCCU. Étonnamment, la Cour arrive à cette conclusion malgré le fait que M. Fransky de l'ARC avait témoigné qu'à son avis son enquête était le stade préliminaire d'une enquête criminelle :

« M. Fransky a exprimé l'avis que son enquête était le stade préliminaire d'une enquête criminelle, mais à mon sens, l'enquête menée était une vérification, en ce sens que la nature des preuves recherchées visait à établir s'il y avait ou non des revenus non déclarés et concernait davantage les obligations fiscales générales de M. Dwyer que la *mens rea* propre à une infraction. Même si le "vérificateur" était aussi l'"enquêteur", il n'existait, avant la signification de la directive à la PCCU, aucun élément de preuve qui pût justifier un transfert du dossier à la Section des enquêtes spéciales, le dossier eût-il pour origine la Direction générale de la vérification de Revenu Canada. En d'autres termes, lorsque la directive a été signifiée à la PCCU, la relation de nature contradictoire entre l'État et le particulier n'avait pas pris naissance, et l'objet prédominant l'enquête ne pouvait être l'établissement d'une responsabilité pénale²³. »

Ainsi, dans cette affaire, on remarque que la Cour n'attache pas une grande importance au fait que la vérification avait été commencée par les enquêtes spéciales et semble mettre la barre haute quand il s'agit de déterminer le franchissement du Rubicon. Il est légitime de se demander si le fait qu'il s'agissait d'une contestation de cotisation plutôt que d'un procès criminel a pu influencer sur l'issue du litige.

3.4. LA REINE C. DIAL DRUG LIMITED²⁴

Dans cette affaire, la Cour supérieure de l'Ontario, siégeant en appel d'un arrêt des procédures décrétées par le juge de première instance dans une affaire d'évasion fiscale, avait à se pencher sur l'application des critères énumérés dans l'affaire *Jarvis*.

Les accusés avaient été inculpés de 10 chefs d'accusation en vertu de l'article 239 L.I.R. pour avoir produit des déclarations de revenus fausses ou trompeuses pour les années d'imposition 1990 à 1993.

²³ *Id.*, par. 64.

²⁴ (2003) 63 O.R. (3^e) 529.

L'affaire commença en 1991 lorsqu'un enquêteur des enquêtes spéciales soupçonna que l'accusé avait potentiellement commis des infractions d'évasion fiscale sur la base d'informations qu'il avait reçues relativement à de prétendues pratiques commerciales illégales en place dans le type d'entreprise exploité par les accusés.

Le dossier fut alors transféré à un vérificateur afin qu'il mène une vérification administrative sur les affaires des accusés particulièrement en ce qui avait trait à des rabais qui auraient été consentis par certains fournisseurs.

Le véritable objet de la vérification ne fut pas révélé à l'accusé ni à son comptable, le vérificateur leur faisant croire qu'il s'agissait plutôt d'une vérification administrative au sujet des comptes-avances de l'actionnaire.

Après avoir obtenu de l'information de l'accusé et de son comptable, le vérificateur a alors transféré son dossier aux enquêtes spéciales en mentionnant qu'il y avait possibilité d'évasion fiscale par l'accusé et sa compagnie.

Même après avoir confié son dossier aux enquêtes, le vérificateur a continué à obtenir d'autres informations qu'il a relayées aux enquêtes spéciales. Le dossier fut subséquemment assigné à un autre enquêteur des enquêtes spéciales, qui a conclu qu'il y avait matière à porter des accusations.

Cet enquêteur a préparé une dénonciation afin d'obtenir un mandat de perquisition. La majorité de l'information au soutien de la demande du mandat de perquisition provenait du premier enquêteur et du vérificateur. Les mandats de perquisition ont été obtenus et des perquisitions ont été exécutées au bureau de l'accusé, dans sa résidence et au bureau de son comptable.

L'enquêteur a aussi continué son enquête aux États-Unis en formulant des demandes péremptoires à des tiers pour obtenir des informations bancaires relatives à l'accusé.

À la fin du processus, l'accusé et sa compagnie furent accusés d'évasion fiscale pour avoir fait des déclarations fausses ou trompeuses. Le juge de première instance a conclu qu'il y avait une enquête à caractère pénale dès le début et que l'accusé ainsi que sa compagnie étaient en droit de bénéficier des protections prévues par la *Charte*.

De plus, le juge déclara que les accusés bénéficiaient de la protection en common law contre l'abus de procédure relativement à la vérification administrative effectuée par le vérificateur.

Dans son analyse, le juge arriva à la conclusion que le vérificateur avait agi à titre de mandataire des enquêtes spéciales et que, compte tenu des fausses déclarations sur l'objet de sa vérification, le droit de l'accusé au silence ainsi que son droit à l'avocat avaient été violés lors des réunions avec les autorités fiscales puisque, en vertu du paragraphe 231.1(1) L.I.R., l'accusé avait l'obligation de coopérer à la vérification administrative.

Le juge décida également que la transmission du dossier au deuxième enquêteur n'était autre chose qu'une « charade » ayant pour but de faussement créer une démarcation entre la vérification administrative et l'enquête criminelle.

Il conclut que la dénonciation présentée au soutien des demandes de mandats de perquisition était largement basée sur l'information obtenue de façon illégale, et par conséquent il déclara le mandat de perquisition nul, et que la perquisition effectuée sans mandat était déraisonnable, violant donc l'article 8 de la *Charte*.

Finalement, le juge de première instance conclut que les demandes péremptoires laissées aux tierces parties pour obtenir les renseignements bancaires ainsi que les documents comptables de l'accusé constituaient une violation des droits de l'accusé garantis à l'article 8 de la *Charte* puisque, au moment où elles avaient été effectuées, il s'agissait clairement d'une enquête à caractère pénal pour laquelle un mandat de perquisition aurait dû être obtenu.

Il remarqua, enfin, que tout autre remède qu'un arrêt des procédures dans les circonstances encouragerait la répétition de ce genre de comportement par l'ARC. Il déclara donc un arrêt des procédures. La Couronne appela de cette décision.

La Cour supérieure de l'Ontario, siégeant en appel de cette décision, décida, sur la base de l'arrêt *Jarvis*, que, lorsque l'objet prédominant d'une enquête est la détermination de la responsabilité pénale d'un accusé, l'ARC doit mettre de côté ses pouvoirs de vérification administrative, et particulièrement ses pouvoirs en vertu des paragraphes 231.1(1) et 231.2(1) L.I.R.

Lorsque le vérificateur avait été affecté pour effectuer une vérification administrative des affaires de l'accusé et de sa compagnie, cette affectation ne constituait pas en soi une enquête criminelle. La Cour conclut que le but poursuivi n'était pas d'enquêter sur une infraction à l'article 239 L.I.R. en vue de déterminer la responsabilité criminelle de l'accusé.

Selon la Cour, il s'agissait d'une vérification à caractère administratif qui avait pour but de déterminer si l'accusé et sa compagnie avaient comptabilisé de façon adéquate les avantages reçus par leurs fournisseurs. Les simples soupçons du premier enquêteur selon lesquels plusieurs personnes dans ce domaine recevaient des rabais et autres avantages de la part de leurs fournisseurs ne constituaient pas des motifs raisonnables de croire que des infractions à l'article 239 L.I.R. avaient été commises. En d'autres mots, le simple fait que la vérification avait été provoquée à la suite des soupçons ne conférait pas à l'enquête un caractère pénal.

La Cour ajouta qu'il aurait été préférable que le vérificateur soit honnête avec l'accusé et son comptable au sujet du véritable but de la vérification. Par contre, ces manœuvres de la part des vérificateurs dans les circonstances ne changeaient pas le fait que cela demeurerait tout de même une vérification de nature administrative et ne la transformait pas en une enquête à caractère pénal.

De façon marquante, la Cour détermina que la vérification ne s'était transformée en enquête à caractère pénal que lorsque le dossier fut confié de façon officielle aux enquêtes spéciales. La Cour conclut donc que le juge de première instance avait erré en excluant la preuve que le vérificateur avait compilée avant d'avoir transmis le dossier de façon officielle aux enquêtes spéciales. Par contre, pour ce qui est de la preuve obtenue en vertu des pouvoirs de vérification après la transmission officielle aux enquêtes spéciales, celle-ci ne pouvait être utilisée en preuve dans un procès pénal en vertu de l'article 239 L.I.R. Cette exclusion n'était cependant pas automatique :

« It should be noted that the above judgment does not state that otherwise relevant potential evidence will be automatically excluded simply because it was obtained in violation of the taxpayer's Charter rights (using ss. 231.1 and 231.2(1) of the *Income Tax Act* after the commencement of an investigation into penal liability). Indeed, notwithstanding the violation or violations, admissibility will still have to be determined in light of s. 24(2) of the Charter using a *Stillman/Collins* analysis²⁵. »

²⁵ *Id.*, par. 51.

Enfin, la Cour conclut que l'arrêt des procédures est un moyen extraordinaire qui n'aurait pas dû être utilisé par le juge de première instance dans les circonstances. Elle reprocha au juge de première instance d'avoir motivé sa décision d'ordonner des arrêts des procédures en partie sur la base du fait qu'il voulait envoyer un message à l'ARC pour que des abus ne se reproduisent pas dans des vérifications ou enquêtes à venir. À son avis, cela ne constituait pas une considération valable même s'il était recommandable que les autorités fiscales soient plus transparentes quant aux véritables motifs d'une vérification.

Cette cause nous prouve qu'il est difficile de démontrer que le Rubicon a été franchi, et ce, même dans le contexte d'un procès au criminel. Contrairement au juge de première instance, la Cour ne semble pas choquée du fait que l'ARC n'avait pas informé l'accusé des vrais motifs de la vérification. Pourtant, on peut arguer que le fait qu'un vérificateur se sente obligé de mentir quant à l'objet de sa vérification devrait être un élément important à considérer pour déterminer si les autorités, de par leur conduite, « donnaient à croire que celles-ci procédaient à une enquête criminelle », ce qui est l'un des critères énoncés dans l'arrêt *Jarvis*.

CONCLUSION

On doit retenir deux choses de la jurisprudence subséquente aux arrêts *Jarvis* et *Ling*. D'une part, le champ d'application des principes qui y sont énumérés semble relativement étendu. En effet, non seulement ces principes ont-ils déjà été invoqués en défense dans des procédures pénales, mais ils ont également servi, de façon préventive, à contester des demandes péremptoires dont le véritable objet était de faire avancer une enquête criminelle. Ils ont également été utilisés pour faire exclure des éléments de preuve dans des appels de cotisation.

D'autre part, bien que les applications utiles des arrêts *Jarvis* et *Ling* puissent sembler nombreuses et efficaces, on constate, en pratique, que les critères énoncés dans ces arrêts pour déterminer le moment où les autorités fiscales ont franchi le Rubicon sont d'application difficile et hautement variable. Le problème le plus déroutant, pour le moment, demeure que, selon l'arrêt *Jarvis*, une enquête criminelle peut être menée en parallèle à une vérification. En effet, jusqu'à maintenant, les tribunaux ont tendance sur cet aspect à laisser le soin aux autorités fiscales de s'assurer que leurs enquêteurs ne soient pas tentés de franchir la Grande Muraille de Chine, rendant plutôt théorique la protection offerte par la *Charte*.

Il est donc souhaitable que la jurisprudence à venir corrige le tir et impose de plus amples directives aux autorités fiscales sur la façon dont elles peuvent s'autoriser à exercer leurs deux mandats simultanément, sans quoi les arrêts *Jarvis* et *Ling* risquent de demeurer sans progéniture viable. L'intervention de la plus haute Cour du pays sera peut-être requise à nouveau afin d'empêcher que les garanties accordées par la *Charte* ne deviennent lettre morte en matière d'enquête criminelle fiscale.

PARTIE C**La divulgation volontaire****Jules Brossard**, avocat

De Grandpré Chait s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION

Alors que les divulgations volontaires ont connu un essor fulgurant au cours des années 1990, nous notons un ralentissement significatif du nombre de divulgations volontaires, de même qu'une réduction substantielle des sommes d'argent faisant l'objet de divulgations volontaires, en ce qui concerne les sommes rapatriées.

Il en est autrement en ce qui concerne les divulgations volontaires amorcées pour corriger de simples erreurs ou oublis, telles la production d'une déclaration amendée, la production tardive d'un formulaire, etc. La complexité des dispositions en matière de taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») et de taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ ») a aussi engendré un nombre important de divulgations volontaires, divulgations dont l'objet premier est la plupart du temps de corriger une situation qui n'a aucune incidence fiscale, c'est-à-dire qui n'entraînera pas des revenus additionnels pour le Trésor public.

Pour comprendre l'évolution des divulgations volontaires, un bref survol historique s'impose.

1. LES DIVULGATIONS VOLONTAIRES AVANT 1994

Avant 1994, du moins au Québec, il n'existait aucune norme de référence, aucune formule ni directive. Il s'agissait donc de négociation individuelle dont le résultat était appelé à fluctuer suivant l'identité des intervenants. Ainsi, les intervenants expérimentés ou ceux qui ont su développer une relation amicale avec les préposés du Ministère se voyaient accorder des conditions généralement plus généreuses que la moyenne. Pour le praticien, il s'agissait d'une situation de fait très insécurisante puisque nous savions fort bien que le règlement était lié à l'habilité ou au contact personnel d'un intervenant sans pouvoir se référer à un barème objectif.

2. FORMULE MARCEL ROBERT – JEAN DORÉ

En 1994, une rencontre a eu lieu entre M. Marcel Robert, à l'époque sous-ministre du Revenu du Québec, et M. Jean Doré, directeur du Bureau

régional de Montréal. Le but de cette rencontre était de fixer une norme plus objective des divulgations volontaires. Cette rencontre avait été rendue nécessaire du fait que Revenu Québec trouvait de loin trop généreuse la base du règlement négocié avec Revenu Canada à l'égard d'un contribuable qui désirait rapatrier une somme d'approximativement 30 M\$. Le fédéral était disposé à adopter une base de règlements qui auraient engendré un impôt cumulatif d'approximativement 15 % pour ce contribuable, pourcentage que Revenu Québec jugeait selon la loi insuffisant et inacceptable. Cette rencontre, tenue à Montréal, a eu le bénéfice non seulement de régler ce dossier, à un taux d'imposition cumulatif d'approximativement 20 %, mais aussi de proposer une formule qui dorénavant s'appliquerait de façon uniforme.

Cette formule, dans ses grandes lignes, se résume comme suit :

- a) le contribuable établissait la somme de ses avoirs étrangers au 31 décembre de la première année prescrite;
- b) à cette somme le contribuable retranchait un montant qu'il pouvait expliquer, c'est-à-dire les sommes qui ont déjà été assujetties à l'impôt canadien ou qui ne sont pas imposables, telles que les héritages ou revenus gagnés alors que le contribuable n'était pas résident canadien;
- c) 50 % de cette somme était alors appelée à être imposée, cette somme se voyait répartie de façon égale sur les trois dernières années d'imposition du contribuable, soit les années non prescrites;
- d) à l'égard des années non prescrites, le montant de revenu non déclaré était ajouté à la déclaration sans aucune autre modification.

Ainsi, en vertu de la formule Robert - Doré, 50 % des sommes non déclarées n'étaient assujetties qu'au taux d'imposition de 25 % alors que les revenus non déclarés accumulés pendant la période non prescrite étaient, eux, assujettis à l'impôt au taux habituel de 50 %. Le taux d'imposition cumulatif, y compris les intérêts, représentait approximativement 33 %.

3. FORMULE APPLIQUÉE DEPUIS OCTOBRE 2002

En octobre 2002, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») promulguait une nouvelle formule, et ce, dans le but déclaré d'uniformiser les divulgations volontaires à travers le pays.

Cette refonte du programme de divulgation volontaire propose quelques règles de base dont :

- a) la divulgation volontaire doit couvrir une période de six ans, excluant l'année en cours; et
- b) les revenus ajoutés à une année d'imposition doivent se rapporter à cette année et non à une période antérieure ou ultérieure.

Ainsi, en vertu de ces nouvelles règles, le nombre d'années soumis à la période de vérification a doublé, passant de trois ans à six ans, sans compter que les corrections apportées à la déclaration du contribuable ne peuvent porter que sur l'année dont il est question. Alors que le texte publié par les autorités fiscales ne fait aucune référence au capital accumulé antérieur à cette période de six ans, les autorités fiscales au Québec ont décidé d'ajouter une autre dimension à la *Circulaire d'information* 00-1R¹ en prévoyant un rajustement qui serait effectué la septième année pour tenir compte du capital accumulé antérieurement à la période sous vérification, c'est-à-dire les six dernières années. Ainsi, suivant les modalités convenues entre les autorités fédérales et Revenu Québec, un montant de revenu arbitraire est inclus au revenu de la septième année de façon que le total des impôts, compte tenu des intérêts cumulés, corresponde à 40 % du capital rapatrié. Vous remarquerez qu'il s'agit d'une augmentation relativement substantielle par rapport au coût de 33 % antérieurement exigé.

Bien entendu, la conséquence de cette augmentation s'est reflétée par une baisse significative des divulgations volontaires au chapitre du capital rapatrié. Il est beaucoup plus difficile **de vendre** une divulgation volontaire en proposant au client potentiel un coût total de 40 % plutôt que de lui faire miroiter un taux d'imposition de 25 % relativement à son vieil argent, plus l'imposition habituelle sur son nouvel argent, le tout assujéti à intérêt. Ce qui était accrocheur, c'était surtout la possibilité de récupérer ces actifs étrangers à un taux d'imposition de 25 %.

Une autre difficulté que nous avons notée est la vérification approfondie dont font l'objet les divulgations volontaires. En effet, alors qu'antérieurement les divulgations volontaires faisaient l'objet d'une vérification très superficielle, ce n'est plus le cas. Les autorités fiscales demandent copie des rapports mensuels des investissements étrangers pour

¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 00-1R, « Programme des divulgations volontaires (impôt sur le revenu) », 30 septembre 2002.

les six dernières années et font une analyse systématique et détaillée de ces états financiers. À plusieurs égards, cette vérification est plus exigeante que les vérifications courantes. Enfin, comment expliquer la règle des six ans alors que la norme en matière de simple vérification est de limiter la vérification à deux années d'imposition. Même les enquêtes spéciales excèdent rarement une vérification portant sur trois années d'imposition. Malheureusement, d'autres possibilités s'offrent aussi aux contribuables pour rapatrier leurs fonds au Canada, habituellement par l'entremise d'intermédiaire non conventionnel à un coût de loin en deçà de 40 %.

4. DIVULGATIONS EN MATIÈRE DE TPS – TVQ

Les divulgations volontaires en matière de TPS et de TVQ ont connu une croissance exponentielle, croissance qui s'explique par la complexité de ces lois ainsi que par les très nombreuses exemptions ou exonérations qui requièrent un certain formalisme. Ainsi, les divulgations en matière de TPS et de TVQ sont surtout d'ordre de conformité administrative plutôt que de déclaration du revenu qui aurait échappé au fisc.

Une récente complexité a été ajoutée sur le plan fédéral par le fait que l'ARC exige maintenant, même à l'égard des transactions sans incidence fiscale (*wash*), que la TPS soit facturée, perçue et remise même si le cocontractant a le droit de réclamer à des intrants pour un montant équivalent.

PARTIE D**Les nouvelles orientations de l'Agence du revenu du Canada****Robert Labelle, CGA**

Agence du revenu du Canada

1. NOUVELLES ORIENTATIONS DE L'AGENCE DU REVENU DU CANADA¹

- « Des données de recherches donnent à croire que le public est sans cesse plus tolérant à l'endroit des comportements non conformes à la loi, et même qu'il les accepte toujours davantage. »
- « Un nombre sans cesse croissant de Canadiens ont recours aux lois en matière d'insolvabilité et de faillite et une utilisation stratégique de ces lois à des fins fiscales sont de plus en plus courantes. »
- « Pour éviter de payer des impôts et des taxes, on recourt aussi de plus en plus à la fraude, à la planification fiscale sophistiquée, aux paradis fiscaux et à la recherche des conventions fiscales les plus avantageuses. »
- « [...] les Canadiens s'attendent à ce que nous poursuivions sans trêve les fraudeurs, et nous sommes déterminés à le faire. [...] Nous ferons tout ce qui est nécessaire pour maintenir l'intégrité du régime fiscal et la primauté de l'intérêt public. »

2. RAPPORT DE LA VÉRIFICATRICE GÉNÉRALE DU CANADA**Mars 2004**

- « Les vérifications des petites et moyennes entreprises [ci-après « PME »] doivent être plus rigoureuses [...] par exemple, en ayant recours à des méthodes indirectes de vérification et en envisageant plus souvent l'application de la pénalité. »
- « Le secteur de la PME est celui où l'on risque le plus de participer à des activités liées à l'économie clandestine. »
- « L'Agence estime qu'il y a environ 4,5 millions de PME au Canada. »

¹ Alan NYMARK, « Priorités stratégiques de l'ADRC », dans *2003 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004, pp. 7:1-7.

- « L'économie clandestine donne naissance à l'évasion fiscale et représente des pertes annuelles en recettes fédérales et provinciales estimées à 12 milliards de dollars. »
- « En 2002-2003, l'Agence a reçu 2,6 millions de demandes de remboursement de la TPS/TVH, pour lesquelles elle a versé 29,8 milliards de dollars. Elle a vérifié 1,6 % de ces demandes avant d'effectuer les versements et elle a trouvé des demandes surévaluées d'une valeur de 247 millions de dollars. »

3. PROGRAMMES DE VÉRIFICATION EN COURS ET À VENIR

- Quatre secteurs cibles :
 - abris fiscaux abusifs;
 - taxe sur les produits et services (ci-après « TPS »);
 - économie clandestine;
 - non-déclarants.
- Examens horizontaux :
 - mieux gérer nos risques;
 - cibler la performance.
- Secteurs d'activités les plus à risque :
 - transactions internationales;
 - évitement international;
 - pratiques des industries;
 - enjeux de la mondialisation sur l'activité économique canadienne (fin du moratoire dans l'industrie du textile);
 - développement exponentiel des sites transactionnels sur Internet.

Donc, toute activité pouvant engendrer un effritement de l'assiette fiscale canadienne représente un secteur d'activité à risque.

4. CENTRE D'INFORMATION CONJOINT SUR LES ABRIS FISCAUX INTERNATIONAUX

CICAFI - JITSO

En avril 2004, les commissaires de l'Internal Revenue Service des États-Unis, de l'Australian Taxation Office, du Inland Revenue du Royaume-Uni et de l'ARC se sont rencontrés pour signer un protocole d'entente portant sur la création d'un Centre d'information conjoint sur les abris fiscaux internationaux (CICAFI – JITSO).

Le Centre se penchera d'abord sur l'utilisation des produits financiers dans les mécanismes d'abris fiscaux abusifs.

Mise en œuvre : le 1^{er} septembre 2004.

Le groupe de travail a été créé en vue d'accroître la collaboration et de coordonner l'information sur les opérations fiscales abusives.

Bon nombre d'opérations fiscales abusives reposent sur des stratégies qui dépassent les frontières, et de telles pratiques sont exercées à l'échelle mondiale.

5. IMPACTS DES DÉCISIONS LA REINE C. LING ET LA REINE C. JARVIS

Les garanties prévues par la *Charte canadienne des droits et libertés*² s'appliqueront dès que l'objet prédominant est de prouver la responsabilité pénale du contribuable.

Des mandats de perquisition devront être livrés pour obtenir les renseignements recherchés pour mener à bien l'enquête.

Le contribuable devra être mis au courant de ses droits.

L'utilisation de demandes péremptoires à des fins de poursuites criminelles n'est plus permise de la part des enquêtes spéciales.

² Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, L.R.C. (1985), app. II, n° 44.

Seuls les renseignements recueillis auprès du contribuable lors de la vérification, mais avant l'enquête criminelle, pourront être utilisés en matière pénale.

Lignes directrices pour la vérification

Établir l'objet prédominant de la demande d'information ou de document :

- vérification : obligation fiscale du contribuable;
- enquête criminelle : responsabilité pénale du contribuable;
- déterminer le moment où la vérification devient une enquête.

Le témoignage du vérificateur sur l'objectif qu'il poursuivait lors de la vérification peut être critique en cas de procès.

Pour la vérification, les contrôles auprès de tiers sont acceptables si l'objectif visé concerne l'obligation fiscale du contribuable.

Lorsque toutes les étapes de vérification sont considérablement avancées et que le vérificateur en est à déterminer si une pénalité en vertu du paragraphe 163(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³ s'applique, il s'agit du bon moment pour examiner si un renvoi aux enquêtes spéciales est justifié.

L'utilisation de demandes péremptoires est encouragée à l'étape de la vérification pour établir l'obligation fiscale.

Vérification et enquête

Le contribuable et l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») ont des intérêts opposés à l'étape de la vérification mais, lorsque l'ARC exerce sa fonction d'enquête, ils se trouvent dans une relation de nature contradictoire en raison du droit à la liberté qui est alors en jeu.

Il doit donc exister une certaine séparation entre les fonctions de vérification et d'enquête au sein de l'ARC.

³ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

6. IMPACTS FISCAUX NATIONAUX DES EFFORTS DE VÉRIFICATION DANS LE DOMAINE DE L'ÉVITEMENT FISCAL AU COURS DES CINQ DERNIERS EXERCICES

	1999/00	2000/01	2001/02	2002/03	2003/04
Impact fiscal	587 M\$	581 M\$	735 M\$	523 M\$	628 M\$

Statistiques nationales, en termes de nombre de dossiers

	Mars 2004	Juillet 2004
Remises de dette	36	36
Impôt de la Partie I.3 L.I.R. pour les grandes sociétés	53	53
Projet des fiducies à la Barbade	70	81
Pertes	38	96
Dépouillement de surplus	110	113
Dépouillement de REÉR	s.o.	870

L'avenir de la disposition générale antiévitement

Récemment, la Cour d'appel fédérale a rendu un jugement dans la cause *MRN c. Canada Trustco Company*⁴. Essentiellement, l'ARC avait donné comme argument que la transaction était abusive, car le résultat économique pour le contribuable faisait en sorte qu'il y avait une déduction pour amortissement sur des actifs pour lesquels il n'avait rien déboursé (notion de coût économique *versus* coût sur papier). L'appel a été rejeté.

En mars 2005, la Cour suprême du Canada examinera cette cause, conjointement avec la cause *Kaulius c. La Reine*⁵, qui traite de l'application de la disposition générale antiévitement (ci-après « DGAÉ »). C'est la première fois que le plus haut tribunal du pays accepte d'entendre des causes

⁴ 2003 D.T.C. 587, confirmé par 2004 D.T.C. 6119.

⁵ 2003 D.T.C. 5644 (C.A.F.).

traitant de l'application de la DGAÉ. Par conséquent, nous suivrons ces causes avec beaucoup d'intérêt.

Documents de planification/Évidence difficile à obtenir

Les contribuables ne prennent pas au sérieux les demandes péremptoires, car les pénalités sous-jacentes ne sont pas suffisamment importantes.

Certaines transactions sont réalisées en accommodant des tiers situés dans des juridictions étrangères (sans conventions fiscales avec le Canada) et il n'y a pas de documentation papier pour établir une piste de vérification.

Les demandes d'information par le biais des partenaires avec lesquels nous avons des conventions fiscales sont très longues à traiter.

Les fiducies non résidentes et les entités de placement étrangères situées dans des paradis fiscaux continuent à se multiplier

Les fiducies non résidentes ont comme auteurs « conciliants » des tiers sans lien de dépendance pour éviter les DGAÉ domestiques.

Les sociétés incorporées dans les paradis fiscaux sont utilisées comme conduits pour prendre avantage du traitement fiscal réservé aux filiales étrangères.

Le magasinage se fait pour tirer avantage des conventions fiscales établies avec des pays comme la Barbade, le royaume de Malte, le Luxembourg, etc.

Abris fiscaux – Offres et ventes (statistiques nationales)

	1999	2000	2001	2002	2003
Nombre total d'abris fiscaux	51	24	169	26	58
Valeur totale des ventes d'abris fiscaux	1,628 MM\$	2,055 MM\$	2,817 MM\$	261 MM\$	1,897 MM\$
Valeur des abris fiscaux offerts	5,900 MM\$	5,900 MM\$	5,600 MM\$	1,200 MM\$	4,900 MM\$

7. PROGRAMME DES DIVULGATIONS VOLONTAIRES

1973 : Publication de la première *Circulaire d'information*

1985 : Publication d'une nouvelle *Circulaire d'information*

1999 : Transfert des responsabilités du Programme à la division des appels

Statistiques – Région du Québec

	Dossiers terminés	Augmentations du revenu net (‘000)	Augmentation de l'impôt (‘000)
Exercice 2001-2002	942	51 921 \$	12 237 \$
Exercice 2002-2003	637	64 138 \$	15 851 \$

Critères d'admissibilité

Quatre conditions :

- 1) la divulgation doit être volontaire;
- 2) le dossier doit être terminé;
- 3) il doit comprendre une pénalité;
- 4) les renseignements doivent avoir :
 - a) au moins un an de retard,
 - b) si moins d'un an, la divulgation ne doit pas être faite pour éviter les pénalités pour production tardive ou celles relatives aux acomptes provisionnels.

Acquittement de l'impôt

- Au moment de l'acceptation de la divulgation volontaire, ou
- au moment de la production des déclarations, ou
- lors de circonstances particulières, des ententes peuvent être conclues avec la Division du recouvrement des recettes.

PARTIE E**Lutte contre l'évasion fiscale – Programmes en cours et à venir**

Gilles Bernard, LL. L., D.D.N.
Revenu Québec

1. HISTORIQUE SOMMAIRE DE LA LUTTE CONTRE L'ÉVASION FISCALE

En 1994, le gouvernement signifiait son intention d'effectuer une gestion plus serrée des sommes dues à l'État, avec comme objectif d'enrayer toutes les formes d'évasion fiscale et de travail au noir¹. Ainsi, un plan d'action basé sur l'intervention concertée des corps de police et des organismes administratifs fut élaboré en vue de faire cesser l'exploitation de loteries vidéo et de mettre un terme au commerce illégal des boissons alcooliques.

Dans le cadre du Discours sur le budget pour l'année financière 1995-1996, le gouvernement réitérait sa volonté de percevoir tous les revenus qui lui sont dus. En plus des mesures existantes pour mettre fin au commerce illégal des boissons alcooliques, le gouvernement annonçait des mesures particulières à l'industrie de la construction :

- un suivi des contrats du secteur public;
- l'échange accru de renseignements dans le domaine de la construction à des fins de prévention et de vérification;
- l'intensification des activités de vérification et de perception de Revenu Québec.

Le rapport 1994-1995 du Vérificateur général faisait état de nombreuses lacunes quant aux moyens dont disposait Revenu Québec pour faire obstacle à l'évasion fiscale, particulièrement au chapitre de l'acquisition et de l'exploitation des renseignements nécessaires à l'application des lois fiscales. Le cloisonnement des informations au sein des ministères et organismes favorisait les fraudeurs du système au détriment des honnêtes citoyens, engendrant ainsi un grave problème d'iniquité fiscale et sociale.

¹ QUÉBEC, ministère des Finances, *Les Finances du gouvernement : une autre façon de gérer s'impose*, décembre 1994.

Depuis 1996, Revenu Québec compte sur des crédits additionnels pour lutter contre l'évasion fiscale. De l'ordre de 30 M\$ dès le budget de mai 1996, les crédits ont augmenté à 60 M\$ annuellement pour les années subséquentes. Également, Revenu Québec s'est doté d'une entité dédiée entièrement à la lutte contre l'évasion fiscale et le travail au noir, soit le Bureau de la lutte contre l'évasion fiscale (ci-après « BLEF »). Une centrale de données permet aussi d'effectuer des croisements d'information entre les renseignements détenus par Revenu Québec et ceux provenant d'autres ministères et organismes, répondant ainsi aux préoccupations formulées par le Vérificateur général.

Revenu Québec a aussi utilisé de nombreux moyens de communication et de sensibilisation pour lutter contre l'évasion fiscale et le travail au noir, dont les principaux sont les suivants :

- campagnes publicitaires destinées à la population, ayant pour slogans « En dessous de la table ... jamais ! », « Arrêtons le travail au noir et l'évasion » et « Le travail au noir, c'est du vol ! »;
- conférences de presse relatives au plan de lutte contre l'évasion fiscale, de même que des tournées régionales d'informations présidées par la ministre déléguée du Revenu en 1997 et 1998. Ces tournées avaient comme objectif de traiter des enjeux de la lutte contre l'évasion fiscale et le travail au noir. Les communiqués qui étaient publiés comprenaient plusieurs données régionales par domaine d'activités économiques;
- réalisation, en collaboration avec le ministère de l'Éducation, de matériel pédagogique pour les écoles : ce matériel vise à initier les jeunes d'âge scolaire à la fiscalité québécoise et à les amener à comprendre la raison d'être des taxes et impôts, et ce, dans une perspective d'équité et de respect des valeurs sociales;
- participation de Revenu Québec à divers salons, entrevues, reportages et allocutions : la conception d'une section du site Internet de Revenu Québec dédiée à l'évasion fiscale et au travail au noir.

Parallèlement à ces activités de communication et de sensibilisation, plusieurs autres ont été menées pour lutter contre l'évasion fiscale et le travail au noir. Voici quelques exemples :

- en 1997, adoption d'une loi², créant une présomption selon laquelle les employés à pourboire dans le secteur de la restauration reçoivent des pourboires équivalant à 8 % des ventes réalisées. Un crédit d'impôt remboursable a été accordé aux employeurs pour compenser les charges financières liées à la déclaration des pourboires et les retenues à la source;
- en mai 1999, détaxation de l'achat de véhicules automobiles fait à des fins de revente³. De plus, depuis février 2000, la Société de l'assurance automobile du Québec a le mandat de percevoir la taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ ») sur toutes les transactions de véhicules routiers de moins de 4 000 kilogrammes⁴;
- en juin 2000, adoption d'une loi⁵ visant à lutter contre l'évasion fiscale relative aux caisses enregistreuses et aux logiciels de falsification des ventes (*zappers*). Cette loi définit les pièces, registres comptables et autres documents et précise certaines obligations au regard de la tenue de livres comptables. Également, elle prévoit des sanctions administratives et pénales dans le cas de falsification informatique de livres et de transactions comptables visant la réduction du chiffre d'affaires. De nombreuses activités d'inspections, de vérification et d'enquêtes ont eu lieu auprès des concepteurs et distributeurs de tels logiciels et de restaurateurs;
- en janvier 2002, mise en place de nouvelles mesures⁶ dans l'industrie du vêtement, obligeant toute entreprise du secteur de la fabrication de vêtements à s'inscrire au fichier de la TVQ et à produire chaque mois :
 - une déclaration de TVQ;

² *Loi modifiant de nouveau la Loi sur les impôts, la Loi sur la taxe de vente du Québec et d'autres dispositions législatives*, 1997, c. 85.

³ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 1999-2000, Discours sur le budget 1999-2000 et Renseignements supplémentaires sur les mesures du budget*, 14 mars 2000, pp. 83 et suiv.

⁴ *Id.*, p. 85

⁵ *Loi modifiant la Loi sur le ministère du Revenu et d'autres dispositions législatives*, 2000, c. 25

⁶ *Loi budgétaire n° 1 donnant suite au discours sur le budget du 29 mars 2001 et à certains énoncés budgétaires*, 2002, c. 9.

- une déclaration de renseignements indiquant les coordonnées des sous-traitants ainsi que les montants des contrats et, s'il y a lieu, la TVQ applicable.

Ces mesures permettent, entre autres choses, de détecter plus rapidement les entreprises délinquantes :

- élaboration de critères permettant d'évaluer le risque qu'un mandataire réclame indûment des remboursements de taxes sur intrants. Revenu Québec procède à des vérifications lorsqu'un mandataire est considéré comme à risque afin de faire obstacle à l'émission de remboursements frauduleux, le cas échéant;
- interventions auprès de contribuables ayant des indices de richesse anormalement élevés par rapport à leurs revenus déclarés. L'identification de ces contribuables se fait grâce à des croisements d'information.

Le nombre d'exemples énoncés précédemment démontre que la lutte contre l'évasion fiscale et le travail au noir suppose une multiplicité d'actions possibles. Pour cette raison, un comité de « priorisation » a été formé et est composé des principaux artisans de la lutte contre l'évasion fiscale et le travail au noir. Ce comité conseille les autorités sur les actions à privilégier. Il permet aussi l'arrimage entre les projets issus des travaux de recherche et de développement du BLEF et la planification opérationnelle des directions générales de Revenu Québec qui sont visées. Les priorités ainsi définies et les consultations effectuées alimentent le plan annuel de recherche et développement et les dossiers majeurs en matière de lutte contre l'évasion fiscale. Ce plan est approuvé par le comité de direction, et ce, dans la continuité des activités de Revenu Québec.

Finalement, lors du Discours sur le budget de mars dernier, le ministre des Finances réitérait l'importance de la lutte contre l'évasion fiscale et le travail au noir.

2. ACTIVITÉS DE RÉCUPÉRATION FISCALE

- Indices de richesse

Ce projet consiste à intervenir auprès des contribuables qui dissimulent des revenus importants au fisc tout en s'enrichissant personnellement. Certains de ces contribuables ne produisent pas de déclaration de revenus.

Ce projet permet de détecter les dossiers à risque selon une nouvelle méthode de sélection. Des méthodes de vérification indirectes sont utilisées.

- Restauration : *zappers*

Les interventions dans le cadre de ce projet visent à faire obstacle à l'utilisation de logiciels de réduction automatisée des ventes. Des travaux menant à l'implantation d'un correctif permanent sont également en cours.

- Mandataires à risque

Ce projet vise à augmenter les mesures de contrôle entourant la délivrance des certificats d'inscription à la taxe en vue de déceler, avant qu'ils n'entraînent des pertes financières, les cas pouvant présenter des risques de fraude. Les mesures de contrôle développées pour les nouveaux inscrits seront appliquées à l'ensemble des mandataires du Ministère au cours de 2004-2005.

- Vêtement

Des vérifications sont prévues auprès des entreprises les plus à risque afin de contrôler le respect des obligations fiscales.

- Entreprises hors Québec et entreprises à risque de la région de Montréal

La vérification des entreprises qui font des affaires au Québec et dont le siège social est situé à l'extérieur du territoire québécois sera intensifiée. Le Ministère augmentera la couverture de ces entreprises pour lesquelles la rentabilité des vérifications est supérieure aux entreprises du Québec.

Ce projet vise aussi à intensifier les activités de vérification des entreprises les plus à risque de la région de Montréal.

- Divulcation volontaire

Ce projet vise à intensifier le traitement et la vérification des demandes de divulgation volontaire de citoyens désirant régulariser leur situation à l'endroit du fisc pour différentes raisons, notamment pour des problèmes successoraux.

- Escouade spéciale de vérification

Ce projet consiste à intensifier la vérification des dossiers fiscaux d'entreprises qui exercent leurs activités à l'échelle nationale et à l'échelle internationale et qui sont souvent constituées en grands conglomérats. Le chiffre d'affaires de ces entreprises est supérieur à 350 M\$.

- Escouade mixte (intégrée)

La collaboration entre Revenu Québec, le ministère de la Sécurité publique et le ministère des Finances sera accentuée afin d'optimiser l'atteinte des objectifs de ces ministères ou organismes.

- Marché boursier, placement et investissements

Des interventions de régularisation auront lieu auprès de contribuables ayant effectué des transactions boursières ou possédant des placements et des investissements sans en avoir déclaré les revenus qui en découlent.

- Pertes à l'égard d'un placement dans une petite entreprise

Ce projet consiste à valider l'admissibilité de la perte réclamée, de s'assurer de l'exactitude du calcul de la perte et, au besoin, de corriger les déclarations de revenus.

- Contrôle de l'utilisation des crédits d'impôt

Le suivi et le contrôle de l'évolution des demandes de crédits d'impôt par les entreprises seront accrus.

- Perception des créances – Centre de perception fiscale (ci-après « CPF »)

Le CPF intensifie la perception des recettes fiscales ainsi que les activités visant à faire obstacle à la non-production des entreprises au regard des retenues à la source et des taxes perçues.

CONCLUSION

Les citoyens désirent être traités équitablement. Tous doivent payer leur juste part de taxes et d'impôt. Dans ce contexte, ils veulent, entre autres, que Revenu Québec lutte contre l'évasion fiscale. Depuis près de 10 ans, Revenu Québec a mis en œuvre un plan d'action visant à faire échec à l'évasion fiscale et au travail au noir. Bien que plusieurs actions aient été entreprises et

qu'elles aient rapporté des résultats au cours des dernières années, notamment celles touchant les travailleurs à pourboire, l'industrie du vêtement et les camoufleurs de ventes (*zappers*), la lutte contre les pertes liées à l'économie au noir et à l'évasion fiscale reste néanmoins un enjeu important.

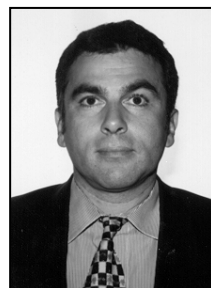
**FORUM DE DISCUSSION ET D'ÉCHANGE SUR LES RÉCENTES
PUBLICATIONS TOUCHANT LA RECHERCHE ET LE
DÉVELOPPEMENT**



Coordonnateur
Carl Deslongchamps
D. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Sophie Janknecht
Ing., M. Sc. A.
Ernst & Young s.r.l./
s.e.n.c.r.l.



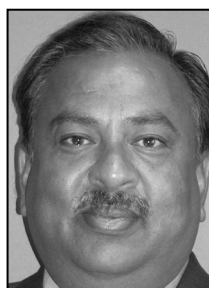
Albert G. De Luca
CA
Samson Bélair
Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.



Michel Rheault
M. Sc.
Raymond Chabot
Grant Thornton
s.e.n.c.r.l.



Yvan Marceau
Agence du revenu
du Canada



Rashter V. Sharma
M. Sc.
Agence du revenu
du Canada



Photo non
disponible

Bernard Nolan
Avocat, M. Fisc.
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (CARL DESLONGCHAMPS)**Regard critique sur le document d'orientation sur les matières plastiques, leur traitement et la fabrication d'équipements et d'outillage**

INTRODUCTION	34:7
1. LES MATIÈRES PLASTIQUES ET LEUR TRAITEMENT	34:7
2. LA NOUVELLE SECTION SUR LA FABRICATION DE MOULES, D'OUTILLAGE ET DE FILIÈRES POUR L'INDUSTRIE DU PLASTIQUE	34:9
3. RÉTROACTION SUR LES EXEMPLES UTILISÉS	34:9
CONCLUSION	34:10

PARTIE B (SOPHIE JANKNECHT)**Les crédits d'impôt à la recherche et au développement et le secteur des produits chimiques : des exemples concrets!**

INTRODUCTION	34:11
1. DÉFINITION D'ACTIVITÉS DE RS & DE	34:11
1.1. EXEMPLE 1 – RECONNAÎTRE LE PROGRÈS SCIENTIFIQUE OU TECHNOLOGIQUE	34:14
1.2. EXEMPLE 2 – RECONNAÎTRE L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE OU TECHNOLOGIQUE.....	34:15
1.3. EXEMPLE 3 – LE CONTENU SCIENTIFIQUE ET TECHNIQUE DANS LE CONTEXTE DE LA RS & DE EN ATELIER NON PLANIFIÉE	34:16
1.4. EXEMPLE 4 – QU'EST-CE QUE LA PRATIQUE COURANTE? – DANS QUEL DOMAINE SE SITUE L'AVANCEMENT SCIENTIFIQUE OU TECHNOLOGIQUE?.....	34:17
1.5. EXEMPLE 5 – LA FABRICATION À FAÇON.....	34:18
2. PRODUCTION EXPÉRIMENTALE OU PRODUCTION COMMERCIALE AVEC DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL	34:19
2.1. EXEMPLE 6 – PE ET PC-DE DANS LE CONTEXTE D'UN PROCÉDÉ PAR LOTS.....	34:21
CONCLUSION	34:25

PARTIE C (ALBERT G. DE LUCA)**Mise à jour relativement à la production expérimentale (PE) et la production commerciale (PC) avec développement expérimental (DE)**

INTRODUCTION	34:26
1. CONTEXTE ET ÉNONCÉ DE LA PROBLÉMATIQUE	34:26
2. PRODUCTION EXPÉRIMENTALE ET PRODUCTION COMMERCIALE AVEC DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL	34:29
3. CARACTÈRE GÉNÉRIQUE (ET RÉDUCTEUR) DE LA POLITIQUE D'APPLICATION RS & DE 2002-02R	34:32
4. DOCUMENT D'ORIENTATION POUR LE SECTEUR DES PÂTES ET PAPIERS	34:34
CONCLUSION	34:40

PARTIE D (MICHEL RHEAULT)**L'attribution des dépenses de main-d'œuvre en RS & DE**

1. CONCEPTS DE BASE	34:41
1.1. MÉTHODE SYSTÉMATIQUE DE RÉPARTITION DES DÉPENSES	34:41
1.2. EMPLOYÉS EXERÇANT DIRECTEMENT DES ACTIVITÉS DE RS & DE	34:42
1.3. EN TOTALITÉ OU PRESQUE	34:42
1.4. MÉTHODE TRADITIONNELLE OU DE REMPLACEMENT	34:42
1.5. ACTIVITÉS DIRECTEMENT ATTRIBUABLES (MÉTHODE TRADITIONNELLE SEULEMENT)	34:43
1.6. CE QUE LE SYSTÈME D'INFORMATION DOIT FOURNIR	34:43
2. JUSTIFICATION DE LA RÉPARTITION DES DÉPENSES DE MAIN-D'ŒUVRE	34:44
2.1. NIVEAUX D'INFORMATION	34:44
3. SOURCES D'INFORMATION JUSTIFICATIVE	34:46
4. ENVIRONNEMENT DE RS & DE	34:47
4.1. PROJETS DE RS & DE DISTINCTS ET BIEN DÉFINIS	34:47
4.2. ENVIRONNEMENTS CONSACRÉS À LA RS & DE	34:48
4.3. ENTREPRISES QUI DÉMARRENT OU QUI EXISTENT DEPUIS PEU	34:48
4.4. RS & DE EN USINE	34:49
CONCLUSION	34:49

PARTIE E (YVAN MARCEAU ET RASHTER V. SHARMA)

Questions en RS & DE à l'Agence du revenu du Canada..... 34:50

PARTIE F (BERNARD NOLAN)

Questions en RS & DE à Revenu Québec..... 34:67

PARTIE A**Regard critique sur le document d'orientation sur les matières plastiques, leur traitement et la fabrication d'équipements et d'outillage**

Carl Deslongchamps, D. Fisc.

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

INTRODUCTION¹

Le nouveau document d'orientation sur les matières plastiques publié par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »)² destiné aux petites et moyennes entreprises (ci-après « PME ») a pour but d'orienter le contribuable dans sa démarche de préparation de réclamation des crédits d'impôt du programme d'encouragement fiscal de la recherche scientifique et le développement expérimental (ci-après « RS & DE »). Certes, il s'agit d'un outil de référence, mais est-ce qu'il répond adéquatement aux besoins et à la réalité industrielle des entreprises? Dans les lignes qui suivent, il sera question de l'analyse des faits saillants, section par section, de ce nouveau document d'orientation destiné aux acteurs directs et indirects de l'industrie du plastique.

1. LES MATIÈRES PLASTIQUES ET LEUR TRAITEMENT

Tout comme le dernier document d'orientation sur le plastique de l'ARC, celui publié en avril 2004 présente les lignes directrices en ce qui concerne les matières, les procédés, l'équipement, et, fait nouveau, l'application.

Dans un premier temps, en ce qui a trait à la matière, le document met en relief la complexité des travaux de RS & DE en ce qui concerne le développement des matières dans l'industrie du plastique. En somme, les concepts du document précédent sont repris d'une façon précise, compréhensible, plus applicable à la réalité de l'industrie et plus près de cette réalité.

D'autre part, lorsque l'on discute des procédés de fabrication, le document d'orientation de l'ARC est certes beaucoup plus précis en ce qui a

¹ L'auteur tient à remercier M. Éric St-Amant, M. Sc. A., pour sa précieuse collaboration à la rédaction du présent texte.

² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Document d'orientation sur les matières plastiques – Nouvelle section sur les moules, outillages et filières*, avril 2004.

trait aux travaux de RS & DE dans le cadre de l'amélioration ou de l'élaboration de nouveaux procédés. Entre autres, on fait référence au lien indissociable entre le produit et le procédé et à la difficulté de dissiper l'incertitude dans le cadre d'un projet lié aux procédés. Le développement expérimental d'une pellicule de plastique est citée en exemple afin que le lecteur puisse bien assimiler le concept. Dans le même ordre d'idées, il est aussi question de la production de prototypes et de la mise à l'échelle qui font partie intégrante d'un projet de RS & DE, ce qui n'était pas abordé dans le précédent document. Ces notions sont appuyées par des situations concrètes que l'on pourrait qualifier de typiques dans l'industrie. Toutefois, même si l'on fait référence à l'importance du lien entre le produit et son procédé de fabrication qui sous-entend fréquemment des essais de production, il n'est pas question de la production expérimentale ou de la production commerciale dans le cadre d'un projet de développement expérimental. Cette situation est d'autant plus déplorable puisque l'on ne fait pas référence au document d'orientation « Production expérimentale et production commerciale avec développement expérimental – Dépenses de RS & DE déductibles »³. Par conséquent, certaines questions restent sans réponse en ce qui concerne les essais réalisés lorsqu'un procédé de fabrication est nouveau, amélioré ou modifié. Cette situation contribue à augmenter le coefficient de difficulté lors de l'examen d'admissibilité d'un projet.

En troisième lieu, en ce qui a trait à la RS & DE liée aux équipements, on reprend une fois de plus les concepts abordés dans le document précédent et, comme dans la section « matières », on rend l'information plus digestible. Fait intéressant, on tient compte de l'aspect de l'incertitude technologique systémique liée à la combinaison des diverses opérations d'un même procédé.

Finalement, il est intéressant de constater que, dans ce document, l'ARC fait la distinction entre le matériel et l'application de ce dernier. Ici, on fait référence aux exigences primaires et secondaires d'un produit selon son application. Souvent, cette surabondance d'exigences variables peut être source d'incertitude technologique. En d'autres termes, même si séparément les caractéristiques de la matière sont connues, lorsqu'un produit est mis au point et que l'on intègre des caractéristiques connues dans un ensemble pour atteindre les objectifs d'une application voulue du produit, le résultat peut se

³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application RS & DE 2002-02R*, « Production expérimentale et production commerciale avec développement expérimental – Dépenses de RS & DE déductibles », 26 mars 2003.

révéler incertain. En somme, encore ici on fait référence à l'aspect systémique que l'incertitude technologique peut prendre.

2. LA NOUVELLE SECTION SUR LA FABRICATION DE MOULES, D'OUTILLAGE ET DE FILIÈRES POUR L'INDUSTRIE DU PLASTIQUE

Le document met un accent particulier sur la fabrication d'équipement pour l'industrie du plastique. En fait, cette section du document est en quelque sorte une application du document de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'industrie des machines et du matériel⁴ au secteur de la fabrication d'équipement de transformation des matières plastiques.

À la lecture de cette section, il est intéressant de constater que l'ARC présente des indicateurs de projet RS & DE. Point fort : l'ARC tranche sur la question de savoir qui est en droit de réclamer la RS & DE entre le donneur d'ordres et le sous-traitant. On y traite aussi des différentes facettes qu'un projet RS & DE peut prendre dans le cadre de travaux conjoints, chose qui n'est pas vraiment évidente dans les autres documents d'orientation disponibles.

D'autre part, l'ARC focalise sur le début et la fin d'un projet en expliquant les différentes étapes de réalisation. L'un des points importants, soit le positionnement d'un projet interrompu par des activités non admissibles, qui était auparavant ambigu, est discuté et la position prise par l'ARC est bien expliquée.

Finalement, l'aspect du coût est aussi débattu. Certes, nous avons ici une tangente intéressante en ce qui a trait à la prise de position de l'ARC, ce qui n'était pas le cas dans les différents documents précédemment présentés, toute industrie confondue, mais il demeure qu'il s'agit d'une application assez générale du guide pour le Formulaire T661⁵.

3. RÉTROACTION SUR LES EXEMPLES UTILISÉS

Les exemples présentés servant à illustrer les propos contenus dans le document d'orientation ne sont pas exhaustifs, mais ils ont été sélectionnés

⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 94-2, « Application de la Loi à l'industrie des machines et du matériel », 24 juin 1994.

⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Document* T4088, « Demande pour la RS & DE – Guide pour le Formulaire T661 », en vigueur le 17 avril 2003.

pour mettre l'accent sur les aspects techniques clés du programme de la RS & DE appliqué à l'industrie du plastique. À la lecture de ces exemples, il est plutôt facile de faire le lien entre ce qui a trait aux activités et aux dépenses admissibles des projets et les lignes directrices du document d'orientation. En d'autres termes, il s'agit de projets que l'on pourrait qualifier de parfaits.

Cependant, dans le contexte de l'industrie, les projets parfaits ne font pas légion. En effet, la majeure partie des projets réalisés se situe dans la zone grise, c'est-à-dire que l'admissibilité des activités et des dépenses engagées pour un projet n'est pas très claire dans l'esprit du contribuable à la suite de la lecture du document d'orientation. La raison en est bien simple : chaque projet est unique et comporte des spécificités qui ne sont pas traitées dans le document. Par conséquent, pour chacun des projets, une analyse approfondie doit être réalisée, et ce, en fonction d'une interprétation personnelle du document. Cette situation peut occasionner un certain écart d'interprétation entre celle du contribuable et celle de l'examineur scientifique.

Or, il faut convenir qu'il est difficile pour l'ARC de couvrir toutes les situations possibles en matière d'activités de RS & DE dans le secteur du plastique.

CONCLUSION

Ce document d'orientation est certes destiné aux PME, mais il constitue aussi un outil intéressant pour quiconque évolue dans cette industrie. Le document est beaucoup plus clair et précis que le précédent. L'approfondissement des concepts tels que la fabrication des équipements utilisés pour la transformation des matières plastiques contribue grandement à la compréhension du programme. Cet exercice devrait être réalisé pour l'ensemble des secteurs industriels. Cependant, il est déplorable de constater que plusieurs aspects des différents documents sont repris, mais peu approfondis.

En somme, il s'agit d'un bon outil et il est intéressant de constater que l'ARC prend une tangente plus près des réalités des entreprises qui réalisent des projets de RS & DE.

PARTIE B**Les crédits d'impôt à la recherche et au développement et le secteur des produits chimiques : des exemples concrets!**

Sophie Janknecht, ing., M. Sc. A.

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

INTRODUCTION

Après de nombreuses années de travail en partenariat entre l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») et l'industrie, de nombreuses politiques d'application ont été élaborées afin de simplifier et rendre accessible la compréhension des critères d'admissibilité au programme d'encouragement à la recherche scientifique et au développement expérimental (ci-après « RS & DE »). Ces politiques ont pour but de proposer des solutions aux problématiques auxquelles doivent faire face l'ARC et l'industrie lorsque l'on veut déterminer si certaines activités ou dépenses sont admissibles. L'une de ces problématiques consiste à déterminer l'admissibilité des travaux de RS & DE effectués en atelier et en usine ainsi que le traitement fiscal approprié lorsque des prototypes sont réalisés. Nous verrons ensemble comment les documents d'orientation peuvent aider ce secteur industriel à réclamer sa juste part des crédits d'impôt disponibles. Il s'agit des documents intitulés :

- *Document d'orientation n° 1 pour les produits chimiques – RS & DE en atelier*, émis en juin 2001;
- *Document d'orientation sur les produits chimiques n° 2 – Travaux admissibles*, émis en novembre 2003;
- *Document d'orientation n° 3 pour les produits chimiques – Procédés chimiques*, émis en septembre 2004.

1. DÉFINITION D'ACTIVITÉS DE RS & DE

La définition de ce qui constitue une activité de RS & DE est prévue dans les lois fiscales, plus particulièrement au paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ et à l'article 222 de la *Loi sur les impôts*². Cette

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

² L.R.Q., c. I-3 et mod.

définition est très large et s'adapte au contexte particulier de chaque entreprise ou de chaque industrie.

Activités de recherche scientifique et de développement expérimental :

« Investigation ou recherche systématique d'ordre scientifique ou technologique, effectuée par voie d'expérimentation ou d'analyse, c'est-à-dire :

- a) la recherche pure, à savoir les travaux entrepris pour l'avancement de la science sans aucune application pratique en vue;
- b) la recherche appliquée, à savoir les travaux entrepris pour l'avancement de la science avec application pratique en vue;
- c) le développement expérimental, à savoir les travaux entrepris dans l'intérêt du progrès technologique en vue de la création de nouveaux matériaux, dispositifs, produits ou procédés ou de l'amélioration, même légère, de ceux qui existent.

Pour l'application de la présente définition à un contribuable, sont compris parmi les activités de RS & DE :

- d) les travaux entrepris par le contribuable, ou pour son compte, relativement aux travaux techniques, à la conception, à la recherche opérationnelle, à l'analyse mathématique, à la programmation informatique, à la collecte de données, aux essais et à la recherche psychologique, lorsque ces travaux sont proportionnels aux besoins des travaux visés aux alinéas a), b) ou c) qui sont entrepris au Canada par le contribuable, ou pour son compte, et servent à les appuyer directement.

Ne constituent pas des activités de RS & DE, les travaux relatifs aux activités suivantes :

- e) l'étude de marché et la promotion des ventes;
- f) le contrôle de la qualité ou la mise à l'essai normale des matériaux, dispositifs, produits ou procédés;
- g) la recherche dans les sciences sociales ou humaines;
- h) la prospection, l'exploration et le forage faits en vue de la découverte de minéraux, de pétrole ou de gaz naturel et leur production;
- i) la production commerciale d'un matériau, d'un dispositif ou d'un produit nouveau ou amélioré, et l'utilisation commerciale d'un procédé nouveau ou amélioré;
- j) la collecte normale de données³. » (Notre soulignement)

³ Par. 248(1) L.I.R. Cette définition était auparavant incluse au paragraphe 2900(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod.

Dans l'industrie, la majeure partie des activités de RS & DE relève du développement expérimental et se déroule dans un environnement commercial. Trois critères sont généralement présentés par les autorités fiscales afin de déterminer l'admissibilité des dépenses de RS & DE :

- l'avancement de la science ou de la technologie, c'est-à-dire que l'activité doit apporter un progrès scientifique ou technologique et produire des renseignements qui font progresser notre compréhension des relations scientifiques ou technologiques;
- l'incertitude scientifique ou technologique, c'est-à-dire que, du point de vue scientifique ou technologique, le contribuable est dans l'impossibilité de prévoir s'il pourra réaliser ses objectifs. S'il peut être assez convaincu qu'il atteindra ses objectifs, il ne peut pas savoir avec certitude laquelle des éventuelles solutions réussira ou sera praticable;
- le contenu scientifique ou technique, c'est-à-dire que l'activité doit comporter une investigation systématique commençant par la formulation d'une hypothèse, suivie d'une vérification par expérimentation ou analyse et aboutissant à la formulation de conclusions logiques. Un personnel compétent, possédant une expérience pertinente dans les sciences, la technologie ou le génie, est responsable de diriger ou d'exécuter le travail.

La signification de ce qui constitue un avancement technologique, une investigation systématique, la pratique courante généralement accessible, est souvent obscure pour les entreprises. C'est pourquoi, en juin 2001, novembre 2003, et plus récemment en septembre 2004, l'ARC a publié des documents d'orientation sur les produits chimiques. Des entreprises œuvrant dans le domaine des produits chimiques ont servi d'exemples à un comité sectoriel dans le but de tenter d'établir une compréhension mutuelle de ce qui constitue des projets de RS & DE typiques de ce secteur industriel. Ce document doit se lire en conjonction avec la loi, les règlements et autres documents d'orientation générale émis par l'ARC, dont le *Guide pour la justification des aspects techniques d'une demande au titre de la RS & DE*⁴ et le *Document d'orientation intersectoriel sur les travaux en usine*⁵. Il faut

⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Guide pour la justification des aspects techniques d'une demande au titre de la recherche scientifique et du développement expérimental (RS & DE)*, 25 juillet 2002.

⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Document d'orientation intersectoriel sur les travaux en usine*, 29 juillet 2002.

se rappeler que de tels documents n'ont pas pour but de remplacer la loi et les règlements : en cas de divergence, c'est la loi qui prévaut.

Le secteur de la fabrication des produits chimiques comprend les entreprises dont l'activité est consacrée, en totalité ou en partie, à la transformation des matières premières naturelles provenant du sol, de l'eau et de l'air, en produits que nous utilisons tous les jours. Selon Statistique Canada, la fabrication de produits chimiques comprend : les produits chimiques de base, les produits pharmaceutiques, la peinture, les revêtements, les adhésifs, le savon et les détergents, les produits de nettoyage, les cosmétiques, les parfums et d'autres produits chimiques. La RS & DE est généralement nécessaire pour le développement de nouveaux produits, procédés et équipements. Par exemple, dans le contexte du développement de nouveaux produits, on élaborera de nouvelles formulations et on produira alors des spécifications techniques ne faisant pas déjà partie de la pratique courante de l'entreprise. Notre article a pour objectif de résumer les points couverts par ces documents en choisissant, parmi les nombreux exemples, des documents d'orientation, des exemples illustrant des problématiques fréquemment rencontrées lorsque vient le temps de préparer une réclamation de crédits d'impôt RS & DE, tels que : « Est-ce que le projet respecte les critères de la RS & DE? Est-ce que les dépenses et les travaux pertinents peuvent faire l'objet d'une demande dans le cadre d'un projet à une étape donnée de l'élaboration? » Et, finalement, comment séparer les travaux de RS & DE admissibles de tout travail de production ou usage commercial simultanément exclu?

1.1. EXEMPLE 1 – RECONNAÎTRE LE PROGRÈS SCIENTIFIQUE OU TECHNOLOGIQUE

Un nouveau produit chimique a été mis au point et a fait l'objet d'une série d'épreuves fonctionnelles en laboratoire. Après de nombreux essais dans diverses conditions de conservation, on a déterminé que la stabilité du mélange était insatisfaisante; en outre, le mélange ne conservait pas la viscosité fonctionnelle désirée, au terme d'une longue durée de conservation. On ne savait pas quels éléments rendaient instable le produit ni comment le problème pouvait être résolu au moyen des connaissances disponibles. Une étude systématique et une analyse rigoureuse ont été effectuées pour trouver quels étaient les ingrédients indésirables et les substituts appropriés. Certaines des hypothèses émises se sont révélées justes, alors que d'autres étaient erronées. Par exemple, nous pensions que l'ingrédient B dans notre produit chimique était responsable de la diminution de viscosité; toutefois, les essais ont démontré que cet ingrédient n'avait pas d'incidence significative sur la viscosité.

On retiendra de cet exemple que la quête d'un progrès sensible, dans la masse de connaissances scientifiques ou technologiques, devrait constituer l'élément déterminant de chaque projet. Il peut y avoir RS & DE même si l'amélioration recherchée est légère et ne constitue pas, en soi, une percée technologique. La détermination qu'une hypothèse est fausse constitue également un progrès scientifique ou technologique, s'il en découle de nouvelles connaissances.

1.2. EXEMPLE 2 – RECONNAÎTRE L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE OU TECHNOLOGIQUE

Un fabricant de panneaux rigides de mousse isolante a changé, à quelques reprises, d'agent gonflant pour la fabrication de sa mousse. La technologie initiale faisait appel à l'agent gonflant CFC-11, une matière idéale, ininflammable, non toxique et non corrosive. L'incitation à remplacer cet agent gonflant par le HCFC-123 découlait de la constatation que les CFC avaient une durée de conservation extrêmement longue, appauvrissaient la couche d'ozone et pouvaient aussi amplifier le problème d'effet de serre.

Même si le HCFC-123 comportait des caractéristiques très similaires à celles du CFC-11, certaines autres étaient très différentes. Ces différences ont introduit une incertitude scientifique ou technologique car l'entreprise ne possédait pas les connaissances nécessaires pour modifier le procédé de fabrication lorsque le HCFC-123 a été introduit. Les travaux requis pour passer du CFC-11 au HCFC-123 ont été considérés comme admissibles.

Le HCFC-123 étant plus coûteux que le CFC-11, le fabricant a voulu réduire ses frais en remplaçant le HCFC-123 par un substitut moins coûteux, le XY-123. Le fournisseur était certain que le nouvel additif XY-123 était tout à fait compatible avec le processus du fabricant. Les travaux requis pour passer du HCFC-123 au XY-123 n'ont pas été considérés comme admissibles puisqu'ils ne comportaient pas d'incertitude scientifique ou technologique.

L'incertitude scientifique ou technologique peut résulter d'une nouvelle formulation des matières, de l'adoption de nouvelles exigences plus rigoureuses touchant le rendement de produits nouveaux ou existants, ou de la mise au point d'un nouveau type de procédé de fabrication pour des produits nouveaux ou existants.

Dans cet exemple, on souhaite également atteindre des cibles de coût particulières qu'impose le marché pour le produit. En elle-même, l'imposition de contraintes de coût ne crée pas d'incertitude scientifique ou

technologique; néanmoins, les efforts consentis pour atteindre un tel but peuvent donner lieu à des problèmes technologiques qui introduisent une incertitude scientifique ou technologique et la résolution de ces problèmes peut mener à des travaux admissibles aux fins de la RS & DE.

1.3. EXEMPLE 3 – LE CONTENU SCIENTIFIQUE ET TECHNIQUE DANS LE CONTEXTE DE LA RS & DE EN ATELIER NON PLANIFIÉE

L'usine nucléaire A doit traiter 240 000 litres d'effluents radioactifs en quatre lots distincts de 60 000 litres. Un système commercial de microfiltration, suppléant par osmose inverse et échange d'ions, est utilisé sur une base régulière pour le traitement de l'effluent; toutefois, les propriétés chimiques des effluents peuvent changer d'une semaine à l'autre.

Ainsi, durant le traitement du premier des quatre lots d'effluents (en utilisant les mêmes paramètres que pour les cycles antérieurs du procédé), on a observé quelques problèmes particuliers : entre autres, les particules en suspension étaient d'une grosseur telle qu'elles bloquaient les pores du système de microfiltration, ce qui entraînait une contre-pression fort élevée et dangereuse. Le système de microfiltration devait être fermé pour le nettoyage de la membrane, à intervalles de deux heures, ce qui augmentait le cycle de traitement par un facteur de 2,5. Comme premier essai pour corriger le problème, les ingénieurs et les opérateurs senior ont utilisé les solvants de nettoyage standard, durant plusieurs des périodes de fermeture, pour enlever les matières résiduelles des pores du système de microfiltration. Le débit du lavage à contre-courant, dans le système de microfiltration, a été modifié, à l'intérieur de la zone de fonctionnement acceptable, durant le cycle entier de traitement, sans toutefois pouvoir résoudre le problème. Un projet de RS & DE a, par la suite, été défini. L'équipe d'ingénieurs a alors élaboré et effectué une série d'expériences pour déterminer comment modifier les caractéristiques chimiques et les paramètres de traitement des effluents, de façon à pouvoir traiter sans problème les autres 180 000 litres de ces effluents.

Dans cet exemple, on a montré que le personnel responsable de diriger et d'effectuer les travaux possédaient les habiletés techniques et l'expérience appropriées et que les travaux étaient réalisés selon un processus systématique comprenant une étude systématique. Ajoutons qu'il faut également produire des données à l'appui, durant le projet, afin de montrer qu'on a bien utilisé un processus systématique d'étude expérimentale.

On retiendra également de cet exemple que de la RS & DE en atelier, non planifiée, peut être entreprise pour certains procédés chimiques

lorsqu'on commence à éprouver des problèmes de rendement pour un procédé utilisé sur une base courante depuis plusieurs mois ou années. Ces problèmes peuvent consister en une diminution des rendements ou en des produits qui ne répondent plus aux devis. Dans ces cas, on doit démontrer que les ingénieurs ou les chimistes de procédés ont émis un diagnostic et fait un examen systématique du procédé pour détecter les écarts par rapport aux normes opérationnelles, comme la température, la pression, les taux de débit, les périodes de conservation, les niveaux d'agitation ou les devis établis pour la matière première. Si l'examen rigoureux et l'essai de ces options ne donnent pas de résultat (en utilisant les méthodes habituelles de dépannage qui sont documentées dans les manuels d'emploi), un projet de RS & DE peut être défini.

1.4. EXEMPLE 4 – QU'EST-CE QUE LA PRATIQUE COURANTE? – DANS QUEL DOMAINE SE SITUE L'AVANCEMENT SCIENTIFIQUE OU TECHNOLOGIQUE?

Dans le cadre d'un projet sur le polyéthylène linéaire de faible densité en phase gazeuse, l'entreprise ABC a mis au point, pour ses différents réacteurs, un modèle informatique dynamique du procédé en phase gazeuse sur lit fluidisé. L'objectif général de ce programme est de créer des modèles hydrodynamiques et cinétiques sophistiqués (écrits en langage C++) simulant le procédé en phase gazeuse dans les réacteurs de laboratoire, pilotes et industriels de l'entreprise.

Les données expérimentales ont été recueillies par des techniciens ou des opérateurs de procédés à l'aide de réacteurs de laboratoire, pilotes et industriels. En même temps, des ingénieurs de l'entreprise ont conçu des modèles mathématiques sophistiqués pour représenter l'hydrodynamique et la cinétique complexes des réactions. Les modèles mathématiques ont été écrits en C++ par les concepteurs de logiciel. Des ingénieurs ont travaillé en collaboration avec les programmeurs pour s'assurer que les propriétés des polymères étaient prises en considération par le modèle mathématique.

Les modèles ont ensuite été étalonnés à l'aide de données expérimentales obtenues des opérations actuelles. Lorsque les prévisions des modèles ne correspondaient pas aux données expérimentales, les ingénieurs ont corrigé les hypothèses faites pour le modèle. Après plusieurs itérations de ce type, l'entreprise a obtenu des modèles fiables qui ont ensuite été utilisés pour simuler une variété de stratégies de production industrielle.

L'avancement scientifique ou technologique consiste, dans le cas présent, en des modèles mathématiques simulant avec précision le réacteur

industriel disponible. De plus, les prévisions obtenues par simulation avec le modèle fournissent aux ingénieurs de l'entreprise des renseignements importants sur l'hydrodynamique en phase gazeuse se déroulant dans les divers réacteurs, informations qui n'étaient pas disponibles auparavant.

On retiendra de cet exemple qu'une entreprise peut utiliser un logiciel pour mener à bien un projet de RS & DE, alors que l'avancement recherché peut n'avoir aucun rapport avec l'informatique ou la technologie de l'information. Pour les travaux de RS & DE, il est nécessaire de prendre en considération la « pratique courante » de l'industrie et celle de l'entreprise. En termes généraux, la pratique courante de l'industrie est définie comme étant l'ensemble des connaissances du domaine public auxquelles une entreprise pourrait, en général, accéder facilement. D'un autre côté, la pratique courante d'une entreprise est une combinaison de ses propres connaissances et de l'ensemble des connaissances du domaine public. Dans cet exemple, les renseignements technologiques et les modèles recherchés n'étant pas du domaine public, ils n'étaient pas, en général, disponibles à l'interne ou peut-être seulement de façon partielle.

1.5. EXEMPLE 5 – LA FABRICATION À FAÇON

L'entreprise A souhaite produire du polyéthylène (avec le catalyseur XC) en employant la technologie à LFC en phase gazeuse, dans le cadre de la fabrication à façon, à l'emplacement de fabrication de l'entreprise B. L'entreprise A, le concepteur du catalyseur XC breveté au centre de R & D XXXY, n'avait pas de réacteurs à LFC (lit fluidisé circulant) à l'échelle pilote ou dans l'usine disponible pour la production. De plus, l'expérience de production de l'entreprise A repose sur la technologie à lit fluidisé bouillonnant en phase gazeuse en utilisant le catalyseur breveté XC. L'entreprise B a une capacité de réserve disponible à la fois pour les réacteurs à LFC à l'échelle pilote et à l'échelle de l'usine. L'entreprise B a une expérience liée au procédé dans l'exploitation de la technologie à LFC touchant le craquage catalytique fluide au gaz-mazout, mais elle n'a pas d'expérience pertinente de la production de polyéthylène en utilisant le catalyseur XC. L'entreprise A a donc décidé d'offrir, en sous-traitance, les travaux de R & D et de production à l'entreprise B, dans le cadre d'un processus de fabrication à façon, en utilisant la technologie à LFC, avec le catalyseur XC.

L'objectif de ce travail était de déterminer si la technologie à LFC pouvait être utilisée pour produire certains grades de polyéthylène avec le catalyseur XC. Pour ce faire, il fallait déterminer les paramètres opérationnels des essais à l'échelle pilote (tels que la vitesse des gaz, le flux

des solides, le débit de recirculation, la température, la pression), et en extrapolant dans la mesure du possible un nombre limité d'essais dans les installations de production à LFC. Tous les matériaux bruts (catalyseur, gaz, etc.) employés pour le projet ont été fournis par l'entreprise A. La main-d'œuvre de RS & DE, provenant à la fois de l'entreprise A et de l'entreprise B, a été rassemblée et comprenait des scientifiques qualifiés, du personnel technique et des opérateurs. Tout l'équipement du procédé (pilote et production) a été fourni par l'entreprise B.

On retiendra de cet exemple que les deux entreprises ont, à leur façon, contribué à l'avancement, sur le plan de la technologie, du catalyseur XC (entreprise A) et de la technologie à LFC (entreprise B). L'entreprise A a fait une demande à titre de projet de RS & DE en établissant les coûts pertinents (main-d'œuvre, matériaux, frais généraux et autres coûts directement liés et supplémentaires). L'entreprise B pourrait faire une demande pour ses propres frais de main-d'œuvre dans son propre projet de RS & DE.

Il y a de nombreux cas dans le secteur des produits chimiques où le titulaire d'une technologie (entreprise A) doit impartir la production expérimentale ou commerciale à un client possible (entreprise B) ou encore à une entreprise non liée (entreprise C). Habituellement, l'entreprise A demande la fabrication d'un produit à valeur ajoutée, pour lequel existe déjà une liste de clients possibles. Cette pratique, désignée comme « la fabrication à façon », est un exemple de travaux qu'une société peut impartir.

2. PRODUCTION EXPÉRIMENTALE OU PRODUCTION COMMERCIALE AVEC DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL

La *Politique d'application RS & DE 2002-02R*⁶ trace les grandes lignes de la politique administrative en vigueur, lorsqu'il peut y avoir un mélange de développement expérimental (ci-après « DE ») avec production commerciale (ci-après « PC ») ou de DE avec production expérimentale (ci-après « PE »). On rencontre cette situation très souvent dans le contexte du développement ou de l'amélioration des produits et des procédés chimiques par lots ou continus, réalisé à l'échelle de la PC.

La première étape consiste à décider si le projet comprend des tâches de DE. Dans un second temps, il est important de déterminer, selon la nature du

⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application RS & DE 2002-02R*, « Production expérimentale et production commerciale avec développement expérimental – Dépenses de RS & DE déductibles », 26 mars 2003.

DE, l'incidence technologique potentielle de l'expérimentation sur le processus. Les projets de DE, dans le secteur des produits chimiques, peuvent comprendre :

- un ou des essais en usine, avec du DE comportant de la PE : la séparation des travaux et des coûts n'est pas requise aux fins des demandes RS & DE, en ce qui concerne la PE requise;
- un ou des essais en usine, avec DE comportant de la PC (ci-après « PC-DE ») : le demandeur doit déterminer les travaux et les coûts associés au DE.

L'étape suivante consiste à déterminer si un projet de DE comporte de la PE, de la PC-DE ou une combinaison de différents types d'essais, certains comportant de la PE et d'autres de la PC-DE.

La liste suivante présente quelques indicateurs et autres éléments de preuve de travaux de PE :

- la présence de personnel de supervision ou de soutien technique additionnel;
- l'approbation à un niveau supérieur, ce qui indiquerait qu'il ne s'agit pas d'une activité normale;
- le DE comporte des modifications au procédé, ce qui présente des risques potentiels d'instabilité ou d'oscillation du procédé et/ou une modification potentielle aux spécifications techniques du produit;
- dans le cadre du projet de DE, la clientèle de la compagnie doit faire ses propres essais des propriétés du produit (expérimental) au niveau fini, afin de lever les incertitudes technologiques spécifiques et de déterminer si le produit répond à certaines spécifications de base;
- les caractéristiques du nouveau produit ou procédé sont potentiellement différentes par rapport à tout produit ou procédé existant ou précédent. Cela pourrait, à court terme, présenter un risque de produit de qualité inférieure ou « hors spécifications »;
- l'entreprise ne peut prévoir les résultats des travaux de DE, et des problèmes technologiques imprévus peuvent survenir pendant un tel

projet, se traduisant par une réduction de la qualité du produit plus grande que ce qui avait été prévu au début du projet de DE;

- les changements réels ou potentiels au produit (par exemple, des caractéristiques chimiques ou physiques différentes);
- les changements à la configuration ou aux caractéristiques du procédé (par exemple, flux, combinaisons, mélanges, équipement et composantes);
- la preuve de réunions et autres sources pertinentes d'information corroborante, si elle est disponible, permettant d'étayer et de corroborer la planification et les risques technologiques associés au projet de DE;
- la preuve que des instructions opérationnelles expérimentales et d'autres dossiers cohérents ont été préparés pour le projet de DE;
- la preuve que des stratégies de surveillance et des instructions opérationnelles spécifiques pour le projet de DE ont été communiquées au personnel d'exploitation;
- la preuve d'activités spéciales de suivi de classification ou de reconnaissance du projet/produit;
- toute autre preuve ou documentation disponible indiquant qu'il s'agit d'activités inhabituelles.

Les indicateurs techniques de cette liste ne sont pas exhaustifs, ils servent de guides dans la préparation d'une demande. Cette liste ne doit surtout pas être utilisée comme une liste de contrôle.

2.1. EXEMPLE 6 – PE ET PC-DE DANS LE CONTEXTE D'UN PROCÉDÉ PAR LOTS

Dans un procédé par lots, on ajoute des petites quantités de matières premières qui doivent être converties dans un récipient de traitement, selon une séquence prédéterminée et selon des conditions d'exploitation prédéfinies. Lorsque la transformation des matières premières est complète, on retire le produit final du récipient.

Dans cet exemple, un réacteur par lots de 50 000 litres est utilisé pour effectuer une réaction chimique servant à produire un produit Z à l'aide d'un

nouveau catalyseur. Les objectifs technologiques spécifiques portaient sur la conception d'un procédé de fabrication chimique à grande échelle pour obtenir un produit final Z ayant des caractéristiques précises de viscosité, couleur, turbidité et pureté, à la détermination des conditions optimales et spécifiques du procédé (c'est-à-dire minimiser les sous-produits de réaction et l'inversion de cette dernière, et maximiser le rendement), à l'étude des limites de transfert massique, à la compréhension du modèle cinétique à grande échelle, à la détermination de la configuration optimale pour une conception efficace des pales et de la répétabilité, et de la reproductibilité de toutes les données du procédé. Précisons que l'entreprise n'avait aucune expérience opérationnelle avec l'utilisation du catalyseur récemment mis au point dans leur laboratoire, pour l'application à grande échelle (50 000 litres), ni avec les aspects techniques tels que l'efficacité du nouveau catalyseur, les paramètres de mélange et d'opération, dans une application à grande échelle. Les avancements technologiques recherchés et nouveaux pour sa base de connaissances touchaient la conception d'un procédé de fabrication par lots à grande échelle, utilisant un catalyseur dans un procédé multiphasés, l'optimisation du procédé chimique en maximisant le rendement et en minimisant les sous-produits et l'inversion chimique et, finalement, la conception d'un modèle mathématique.

Le tableau suivant illustre les activités menées dans l'année visée par la demande ainsi que leur analyse.

Titre et brève description de l'essai	Analyse
Élaboration d'un plan expérimental Des expériences ont été élaborées par le gestionnaire de projet R & D afin d'obtenir des données spécifiques sur les limites de transfert massique, le modèle cinétique, la répétabilité et la reproductibilité, ainsi que sur les conditions du procédé (réduction du sous-produit et de l'inversion, maximisation du rendement).	Il s'agit d'une activité faisant partie des travaux de DE. Le travail de main-d'œuvre associé à l'élaboration du plan expérimental, tel qu'il est requis pour le projet de RS & DE, a fait l'objet de la demande.

Essais n^{os} 1 et 2; élimination des limites au transfert massique dans le procédé Au cours de l'essai n^o 1, on a augmenté la turbulence du liquide en augmentant la vitesse d'agitation et en utilisant des chicanes. Au cours de l'essai n^o 2, on a déterminé la température et le pH du procédé qui maximisent le rendement du procédé et réduisent l'inversion de la réaction et le sous-produit.	Ces deux premiers essais visaient à effectuer les expériences prévues afin de lever les incertitudes technologiques spécifiques; tout le produit a été éliminé car il ne répondait pas aux spécifications minimales du client. Il s'agit d'essais de DE comportant de la PE, et, si une quantité quelconque du produit avait pu être vendue, elle aurait été récupérée. Ici, tout le produit ayant été éliminé, le coût de toute la main-d'œuvre, le montant de remplacement visé par règlement et les matériaux ont été inclus dans la demande RS & DE.
Essais n^{os} 3 à 5; fiabilité et reproductibilité des données du procédé Les essais n^{os} 3 à 5 ont été réalisés afin d'obtenir des données empiriques additionnelles substantielles pour la modélisation mathématique du procédé et de valider la répétabilité des données obtenues. Après les essais n^{os} 1 à 5, l'équipe technique avait suffisamment confiance dans le procédé pour commencer la production commerciale.	Les essais n^{os} 3 à 5 visaient à vérifier la répétabilité et à recueillir des données pour la modélisation mathématique. Il est supposé, dans le cas présent, que les spécifications minimales ont été atteintes et que le produit a été vendu. Il s'agit d'essais de DE comportant de la PE. Toutefois, le produit (puisque vendu) est assujéti aux règles de récupération. Dans ce scénario de demande, les coûts de toute la main-d'œuvre et le montant de remplacement ont fait l'objet de la demande; cependant, le coût des matériaux n'a pas fait l'objet de la demande. Pour les essais n^{os} 1 à 5, de l'équipement existant a été utilisé et ne peut donc faire l'objet de demande au titre de dépenses en capital.

Modélisation mathématique À la suite de la mise au point du modèle mathématique à l'aide des données obtenues avec les essais n^{os} 1 à 5, ce dernier a été appliqué pour simuler le mélange dans la cuve. Les résultats ont démontré qu'une conception nouvelle des pales pouvait améliorer le procédé.	Il s'agit d'une activité faisant partie des travaux de DE. Le travail de la main-d'œuvre associé à la modélisation, tel que requis pour le projet de RS & DE, a fait l'objet de la demande.
Essais n^{os} 6 à 8; étude des pales Une série de trois essais a été réalisée à l'aide de trois différents modèles courants de pales afin de déterminer lequel permettait un mélange optimal. Les résultats du modèle ont aussi été comparés avec les données réelles du procédé et le modèle mathématique a été raffiné.	Les essais visaient à évaluer trois types différents de pales (un pour chaque essai) dans des conditions de production commerciale. Il s'agit, dans le cas présent, d'essais de PC-DE. Les coûts faisant l'objet de la demande ont été le travail supplémentaire de la main-d'œuvre associé à la collecte de données requises pour le projet de RS & DE. Les dépenses en capital pour l'équipement d'acquisition des données et les deux pales ont également fait l'objet de la demande. La troisième pale serait subséquemment réutilisée pour la PC.
Essais n^{os} 9 et 10; fiabilité et reproductibilité des données sur les pales Deux autres essais ont été réalisés pour évaluer la fiabilité et la reproductibilité des données du procédé, à l'aide du type de pale permettant un mélange optimal.	Les essais n^{os} 9 et 10 étant une répétition conforme de l'essai n^o 8, ils ont donc fait l'objet d'une demande au titre de PC-DE. Les coûts faisant l'objet de la demande ont été le travail supplémentaire de la main-d'œuvre associé à la collecte de données requises pour le projet de RS & DE.

L'analyse de projet reprend les éléments de l'objectif et indique que le développement de ce procédé constituait un avancement technologique pour l'entreprise. Il s'agissait de mettre au point un procédé entièrement nouveau, avec une technologie de catalyseur qui n'avait pas encore été testée. Les nombreux essais expérimentaux avaient permis de lever les incertitudes technologiques touchant les points suivants : les conditions du procédé pour un rendement maximal du produit, les limitations sur le plan du transfert massique et de la cinétique, les paramètres de mélange, les prévisions du modèle dans l'application à grande échelle, comportant un grand nombre de variables indépendantes et de nombreuses interactions multivariées. Le projet répond à la définition de la RS & DE.

Par la suite, il s'agit de déterminer quels essais font référence soit à de la PE ou au PC-DE. Le tableau précédent illustre l'analyse des essais. On retiendra de cette analyse que, pendant les essais n^{os} 1 à 5, on ne savait pas très bien si l'on atteindrait les spécifications du produit, car les expériences nécessitaient des changements importants à la stabilité du procédé. On a également constaté que l'entreprise a établi des procédures opérationnelles expérimentales détaillées. Plusieurs membres du personnel de R & D étaient présents pendant les essais. La haute direction a approuvé les essais expérimentaux, reconnaissant les risques technologiques associés à leur exécution et l'incertitude à savoir si le produit pourrait satisfaire aux spécifications de qualité établies et s'il serait vendable, en tout ou en partie. C'est pourquoi, ces essais ont fait l'objet d'une demande à titre de PE.

Pour les essais n^{os} 6 à 10, l'entreprise a atteint le niveau de confiance requis dans son procédé de même que le rendement escompté du produit. L'entreprise entendait vendre entièrement la production de ces cinq essais à sa clientèle régulière. Ces essais ont fait l'objet d'une demande à titre de PC-DE.

CONCLUSION

Les documents d'orientation pour les produits chimiques permettent, à l'aide d'exemples concrets, de rendre accessible la compréhension des critères d'admissibilité au programme d'encouragement à la RS & DE. En effet, la publication des documents d'orientation pour les produits chimiques répond à plusieurs des problématiques rencontrées par ce secteur industriel. Il n'en demeure pas moins que l'application des documents d'orientation pour les produits chimiques, comme ceux pour les autres secteurs industriels, devrait se faire selon une approche collaborative, entre l'industrie et l'ARC.

PARTIE C**Mise à jour relativement à la production expérimentale (PE) et la production commerciale (PC) avec développement expérimental (DE)****Albert G. De Luca, CA**

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

INTRODUCTION*

La production expérimentale, dans un contexte de recherche scientifique et de développement expérimental (ci-après « RS & DE »), est un concept portant de plus en plus à interprétation et ses tenants et aboutissants ne sont pas nécessairement connus ou maîtrisés. Plusieurs discussions ont récemment été tenues à ce sujet et des publications en ont traité. Il nous apparaît important de faire une brève revue ainsi qu'une mise à jour afin de faire le point sur ce concept.

1. CONTEXTE ET ÉNONCÉ DE LA PROBLÉMATIQUE

Il est bien connu que le programme d'encouragement fiscal pour les activités de RS & DE est un puissant incitatif pour les entreprises canadiennes innovantes, leur permettant ainsi de demeurer compétitives tant sur le plan national qu'à l'échelle mondiale.

Le programme de RS & DE ne se limite pas aux seules activités entreprises dans des secteurs telles les sciences de la vie et les technologies de l'information. Depuis plusieurs années déjà, les entreprises du secteur manufacturier tirent également profit de ces incitatifs. De façon générale, ces entreprises exercent des activités commerciales axées, bien souvent, sur la fabrication, par voie de procédés, de biens à plus ou moins grande échelle. Par contre, des efforts de RS & DE sont souvent concentrés sur l'amélioration des procédés déjà existants : l'exercice d'identification des activités de RS & DE dans un tel contexte peut se révéler difficile en raison de plusieurs facteurs devant être pris en considération dont la taille, le coût des équipements de production et surtout le fait que ces activités de RS & DE chevauchent, bien souvent, les activités commerciales.

D'un point de vue fiscal, cette problématique a été soulevée dans l'affaire *Consoltex c. La Reine*¹, où le contribuable avait entrepris une série d'expérimentations au cours desquelles il a produit une quantité relativement

* L'auteur tient à remercier MM. Daniel McKindsey, Michel Lefebvre et Yan Boyer pour leur collaboration à la rédaction du présent texte.

¹ 97 D.T.C. 724 (C.C.I.) (ci-après « *Consoltex* »).

importante de matériaux textiles. À la suite des essais, le contribuable a vendu une grande partie de la production et réalisé un bénéfice. La Cour canadienne de l'impôt a décidé, dans cette affaire, que le contribuable avait en effet le droit de réclamer l'intégralité des coûts engagés (c'est-à-dire les coûts de production engagés pendant l'expérimentation au titre de la RS & DE), s'agissant d'expérimentations structurées et menées dans le but de réaliser un avancement technologique et de résoudre des incertitudes technologiques prédéterminées, et ce, même si la production qui en a résulté avait été vendue à profit. À la suite de cette décision, la *Loi de l'impôt sur le revenu*² a été modifiée afin d'y ajouter un mécanisme de récupération permettant de recouvrer le coût des matériaux transformés qui se retrouve dans le produit vendu, sans que cela change fondamentalement le droit du demandeur de réclamer les coûts engagés pour mener l'expérience à bien³.

La problématique se situe ainsi dans la distinction des activités où l'expérimentation est entreprise en sus de la production commerciale courante et celle où elle est intrinsèquement liée et dans laquelle elle modifie le procédé de production, créant ainsi une production qui est, de façon significative, différente de la production commerciale courante. Imaginons la situation où un contribuable effectue, dans le but d'améliorer la qualité d'un bien ou encore d'en accélérer la production, un changement par rapport à un ou à plusieurs intrants sur une unité de production. Est-ce que ce changement créera une instabilité ou y aura-t-il une modification du comportement de l'unité touchant la qualité ou la quantité de production? Étant donné que les coûts associés à la production commerciale ne sont pas admissibles à titre de dépenses de RS & DE⁴, être en mesure de faire cette distinction s'avère fondamental.

En publiant la *Politique d'application RS & DE 2002-02R*⁵, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a tenté de répondre à cette question fondamentale en ciblant deux objectifs principaux, soit l'établissement d'une méthode raisonnable afin de déterminer si la production en cause est expérimentale ou de nature commerciale avec développement expérimental,

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

³ Ces règles se trouvent aux paragraphes 127(27) et suiv. L.I.R.

⁴ Par. 248(1) « activités de recherche scientifique et de développement expérimental », al. i) L.I.R.

⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application RS & DE 2002-02R*, « Production expérimentale et production commerciale avec développement expérimental – Dépenses de RS & DE déductibles », 26 mars 2003 (www.cra-arc.gc.ca/taxcredit/sred/publications/ap2002-02R-f.html).

tout en distinguant les coûts réciproques. Nécessairement, les dépenses admissibles différeront selon le cas. Ainsi, chaque situation se doit, tel qu'il est mentionné au document de l'ARC, d'être analysée à la lumière des faits en cause, dans le contexte de l'environnement où les activités sont entreprises.

Cette politique d'application apporte des suggestions sur la façon de distinguer ces situations et une lecture attentive de cette politique d'application permet de constater que l'une des principales distinctions entre les procédés de production commerciaux courants et les procédés de production expérimentaux est leur aspect normal ou anormal. Ainsi, cette politique d'application fait référence à des situations qui sont en dehors des standards normaux de production (par exemple, dissemblance avec le mode de production courant, présence de coûts additionnels élevés, interventions plus fréquentes de la part du personnel technique, etc.).

Il convient de rappeler que l'ARC reconnaît que des travaux de développement expérimental peuvent être entrepris dans le cadre d'activités de nature commerciale. Selon les autorités fiscales, il importe peu que les travaux entrepris se déroulent dans un environnement commercial ou fassent partie de la production commerciale⁶. Cette reconnaissance est d'ailleurs fort bien formulée par le juge Bowman dans l'affaire *Consoltex* :

« The amounts claimed as SR&ED were in fact spent. This is not disputed. If the work done was all SR&ED within the meaning of section 37 of the Income Tax Act and Part XXIX of the Regulations had there been no sales of the textiles produced in the course of the scientific research, does it become any the less SR & ED because some of the product was sold? I see no logic in such a position. Whether experimental scientific research meets the criteria of the Act and Regulations is a matter to be objectively determined irrespective of what is done with the product, whether it be sold, stored or scrapped. The disposition of the product does not impinge on the nature of the activity whereby it is created⁷. »

L'ARC a même élaboré certains principes directeurs⁸ pouvant être considérés lorsque des activités de RS & DE sont entreprises dans un contexte commercial :

⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Guide – Reconnaître le développement expérimental*, 23 septembre 2002 (www.cra-arc.gc.ca/taxcredit/sred/publications/recognizing-f.html).

⁷ *Consoltex*, précité, note 1, 732.

⁸ Ces principes se trouvent dans AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 6.

- le développement expérimental se déroule généralement dans un environnement commercial;
- l'avancement technologique peut être incorporé aux matériaux, dispositifs, produits ou procédés nouveaux ou améliorés ou encore correspondre au savoir technologique alors acquis;
- au moment de déterminer s'il y a recherche d'un avancement technologique, on doit tenir compte du contexte commercial du contribuable.

2. PRODUCTION EXPÉRIMENTALE ET PRODUCTION COMMERCIALE AVEC DÉVELOPPEMENT EXPÉRIMENTAL

La distinction entre ces deux types de productions repose, en grande partie, sur la nature du projet et l'utilisation qui est faite des équipements et des procédés dans le cadre du projet. Dans de nombreux cas, et tel que susmentionné, le développement expérimental et la production commerciale peuvent se dérouler simultanément avec des interruptions minimales. Dans certains cas toutefois, l'ampleur des modifications entreprises est telle qu'il n'est pas possible de prévoir quelle sera l'incidence sur le procédé de fabrication dans le cadre de l'expérimentation. Il se peut ainsi que le produit ne puisse être vendu, qu'il soit considéré comme étant d'un grade inférieur par rapport à la production commerciale courante ou que le procédé lui-même puisse devenir instable et entraîner un manque d'uniformité de la production, des interruptions ou des arrêts de la production ou même des bris au niveau des équipements. De telles activités peuvent engendrer des coûts qui n'auraient pas été engagés n'eût été les activités de RS & DE, le tout étant proportionnel aux besoins des activités de RS & DE.

La différence établie par la politique d'application entre la production expérimentale (ci-après « PE ») et la production commerciale avec développement expérimental (ci-après « PC-DE ») réside principalement au niveau de l'intention. Ainsi, si la production ne sert strictement qu'à des fins d'évaluation de la technologie, il s'agira de PE. Dans les autres cas, il se pourra qu'il s'agisse de PC-DE.

Cette distinction fondée sur l'intention nous apparaît très stricte. D'ailleurs, dans un contexte manufacturier, la distinction entre ces deux types de productions peut se révéler difficile. D'autant plus que, pour des raisons économiques et pratiques, l'entreprise cherchera à se défaire de la plus grande quantité possible de sa PE, que ce soit par la vente, le recyclage ou la réutilisation. Cela ne rend pas la tâche d'évaluation de l'admissibilité

facile. Cependant, puisqu'il est reconnu que le simple fait que le produit découlant de ce cycle de production soit vendu ne disqualifie pas l'activité, il est nécessaire de se pencher sur les aspects technologiques ou scientifiques pour en déterminer l'admissibilité.

Afin de distinguer entre ce qui constitue de la production commerciale courante ou expérimentale, la politique d'application présente une liste d'énoncés à partir desquels on peut déterminer dans quelle situation un contribuable se trouve. Cependant, en examinant attentivement cette liste, on remarque que les énoncés présentés sont extrêmes, ce qui laisse encore plus de place à l'interprétation lorsque vient le moment de déterminer quel traitement recevra une situation particulière donnée. À titre d'exemple, le fait qu'il y ait vente de la production peut être interprété comme un indicateur que la production est de nature commerciale plutôt qu'expérimentale. Il ne s'agit que d'un indicateur de la nécessité d'explorer de façon plus approfondie les faits afin de relever d'autres aspects technologiques pouvant servir à déterminer si les essais de développement expérimental en usine constituent une activité de production commerciale incluant du développement expérimental ou de la PE dans un contexte de développement expérimental. Il ne faudrait pas qu'un tel critère soit édifié en système de façon que, chaque fois qu'il y a vente d'un produit, fabriqué à l'intérieur d'un essai faisant partie d'un projet qui répond par ailleurs aux critères du programme de RS & DE, cela fasse en sorte qu'un projet, ou une activité admissible, soit refusé. Il se pourrait, par exemple, que le résultat de cette production ait été vendu à moindre prix à cause d'une défaillance dans la qualité. D'ailleurs, la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit un mécanisme de récupération des crédits d'impôt à l'investissement⁹. Il est à noter toutefois que tout récemment, à l'occasion de la publication du *Document d'orientation pour le secteur des pâtes et papiers*¹⁰, l'ARC a précisé que la vente d'un produit n'est qu'un indicateur entraînant un examen plus approfondi d'une situation donnée. Compte tenu de ce nouveau document, il est raisonnable de croire que la politique d'application qui nous concerne sera modifiée afin de clarifier que la vente d'un produit n'est qu'un indicateur et non pas un motif de refus d'une réclamation. Nous aborderons de façon particulière ce nouveau document d'orientation plus loin.

⁹ Par. 127(27) et suiv. L.I.R.

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Document d'orientation pour le secteur des pâtes et papiers*, 30 septembre 2004 (www.cra-arc.gc.ca/taxcredit/sred/publications/pulp/pulp-f.html).

Par ailleurs, l'interprétation que l'ARC fait, à l'heure actuelle, de la politique d'application implique que, dans un contexte manufacturier, il doive y avoir des risques, que ce soit par rapport au procédé ou par rapport au produit, afin d'être en présence d'une situation où il y a du développement expérimental alors que ce qui nous apparaît crucial, du point de vue de la détermination de ce qui constitue ou non une activité de développement expérimental dans un contexte de production commerciale, est de savoir si oui ou non il y a anormalité (*abnormality*), c'est-à-dire s'il y a ou non une différence dans le procédé de fabrication ou dans le produit lui-même, par rapport à ce qui est connu. En fait, rien dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit qu'une activité doive, pour se qualifier au titre de la RS & DE, présenter un ou plusieurs risques. Ce que le programme prévoit, c'est un avancement technologique qui est généralement constaté par la résolution d'une ou de plusieurs incertitudes technologiques.

Un autre élément à considérer à l'égard de cette politique est que l'admissibilité des essais en usine ne devrait être déterminée qu'à la lumière des objectifs visés par ceux-ci et le fait que ces essais ne cesseront que lorsque les incertitudes technologiques seront résolues.

De plus, il est légitime de vouloir s'assurer que l'ARC applique uniformément cette politique à travers le Canada, et ce, peu importe le type de contribuable ou le secteur d'activités dans lequel l'entreprise exerce ses activités.

Finalement, l'admissibilité d'une activité ou d'un projet n'a fondamentalement pas changé depuis l'affaire *Consoltex*. L'admissibilité des travaux doit être évaluée sur la base des critères énoncés dans la *Circulaire d'information* 86-4R3¹¹ et chaque cas demeure un cas d'espèce. L'aspect raisonnable d'une situation, l'application de la législation fiscale sous-jacente et le fait que l'intention de base du programme de la RS & DE est de stimuler et d'encourager les entreprises à réaliser des avancements technologiques sont des éléments essentiels à considérer afin de déterminer et de supporter la position prise. À cet égard, il est utile de rappeler les enseignements du juge Bowman dans l'affaire *Consoltex* quant au caractère incitatif du programme de RS & DE :

¹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 86-4R3, « Recherche scientifique et développement expérimental », 24 mai 1994 (www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tp/ic86-4r3/ic86-4r3-f.html).

« If one takes a couple of steps back and seeks to determine what the scientific research provisions of the *Act* are designed to accomplish, it is clear that they should be interpreted in a manner that encourages scientific research in this country. To whittle away at those provisions defeats that object. It is not, after all, as if a taxpayer who incurs current scientific research expenses is being given a double deduction or one that it would not otherwise have. The appellant would have been able to deduct these expenses even if section 37 did not exist. All it is getting is the incentive of an investment tax credit. All expenditures, whether capital or current, that give rise to ITCs are deductible one way or another in computing income, either currently or over time, and all of them, one way or another, result, or are intended to result in or the production of income. It runs counter to the entire philosophy of fiscal incentives, whether in the form of SR & ED allowances or ITCs, to say that if the expenditures giving rise to the incentives result, actually or potentially, in income they should be watered down¹². »

Comme nous le verrons plus loin, le document sectoriel sur le secteur des pâtes et papiers clarifie certaines des problématiques soulevées par l'application de la *Politique d'application RS & DE 2002-02R*.

3. CARACTÈRE GÉNÉRIQUE (ET RÉDUCTEUR) DE LA POLITIQUE D'APPLICATION RS & DE 2002-02R

Par son caractère générique, cette politique est susceptible de s'appliquer chaque fois qu'un contribuable entreprend, dans un contexte de développement expérimental, de produire aux fins d'essai. Dans une telle situation, puisque le développement expérimental est effectué de façon simultanée et sollicite l'ensemble des procédés de production, un vaste éventail d'activités risque d'y être englobé. De nombreux secteurs des industries ont recours à des procédés de production à grande échelle qui sont complexes de par leur nature et qui sont visés par ladite politique d'application. Comme nous le verrons ci-dessous de façon plus particulière, cette politique pourrait avoir des conséquences importantes pour l'ensemble du secteur manufacturier.

Malgré son caractère, il semble que le fait que ce document présente une liste d'indicateurs pour déterminer si nous sommes en présence de production commerciale ou de PE soit quelque peu réducteur, dans le sens où un élément plus probant qu'un autre, mais associé à une activité spécifique du projet (et non relative à l'ensemble du projet), pourrait faire pencher la balance d'un côté, plutôt que de l'autre. Cela peut paraître contradictoire en relation avec l'énoncé que fait l'ARC dans son document

¹² *Consoltex*, précité, note 1, 736.

intitulé *Guide – Reconnaître le développement expérimental*¹³ où il est mentionné que, aux fins de déterminer correctement s'il y a un avancement technologique, il faille analyser à un haut niveau les travaux entrepris. Dans cette optique, la politique d'application nous apparaît réductrice.

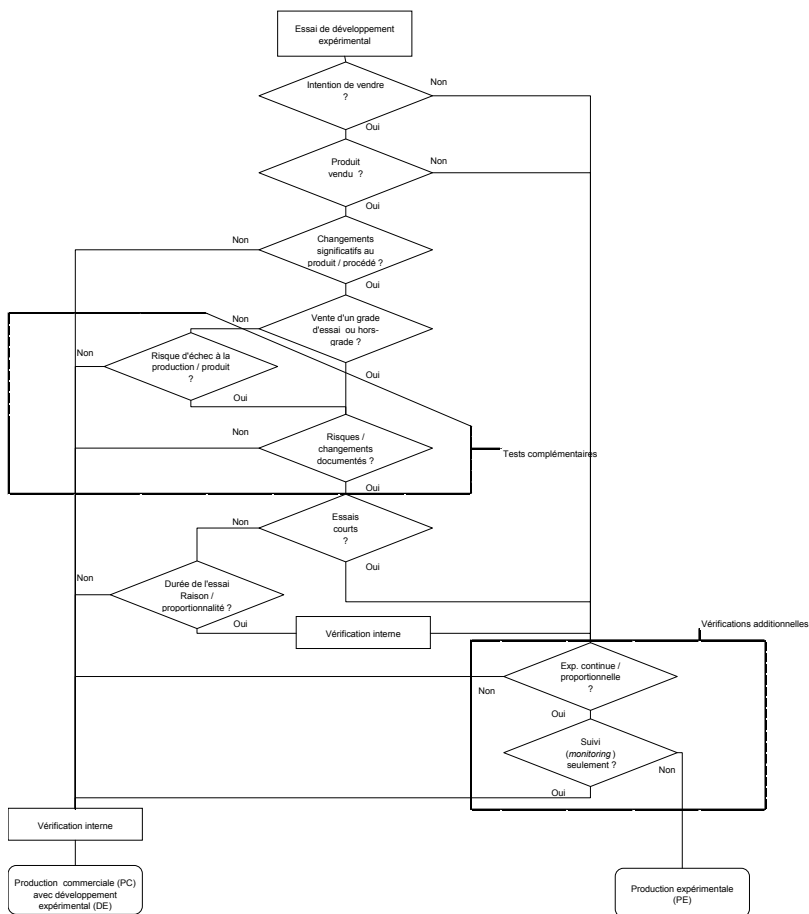
Avant de procéder à une analyse plus particulière de la problématique de l'identification des activités de développement expérimental dans un contexte de production commerciale dans un environnement manufacturier, il est utile de mentionner que l'identification de ce qui constituera ou non une telle activité de développement expérimental peut être établie à partir d'indicateurs, ou encore en utilisant un arbre décisionnel.

À titre d'exemple, parmi les indicateurs potentiels, mentionnons :

- les changements au niveau des intrants dans le procédé (notamment le remplacement d'un intrant courant par un intrant différent);
- les changements quant à la séquence ou à la combinaison des intrants (notamment les concentrations et les mélanges);
- les changements (potentiels ou non) visant le produit (par exemple, différentes caractéristiques chimiques ou physiques du produit);
- les changements au niveau de la configuration ou des caractéristiques du procédé (notamment quant aux étapes et à la séquence de celles-ci).

Par ailleurs, au niveau du processus décisionnel, une activité pourra être une activité reliée à un contexte de PE, de PC-DE ou de production commerciale pure en procédant à une analyse de l'activité en question qui peut se résumer, de façon schématique, de la façon suivante :

¹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 6.



4. DOCUMENT D'ORIENTATION POUR LE SECTEUR DES PÂTES ET PAPIERS

Au cours de l'année 2001, un comité directeur mixte industrie/ARC fut formé pour le secteur des pâtes et papiers afin de se pencher sur certaines situations particulières à cette industrie. Le comité est composé de représentants d'entreprises de pâtes et papiers, de l'Institut canadien de recherches sur les pâtes et papiers (PAPRICAN), de fabricants d'équipements, d'entreprises de services et autres fournisseurs de l'industrie, et de représentants de l'ARC.

Tout récemment, le 30 septembre dernier, un document d'orientation fournissant des lignes directrices supplémentaires relatives à la RS & DE pour cette industrie fut publié. Ce document, intitulé *Document d'orientation pour le secteur des pâtes et papiers*¹⁴, vise à aider les principaux intervenants au processus de réclamation de crédits d'impôt à la RS & DE à évaluer les projets susceptibles d'être admissibles ainsi qu'à mieux interpréter les exigences du programme pour ce secteur. Bien qu'il ne vise que cette industrie, plusieurs des principes discutés aux sections précédentes sont abordés et peuvent servir de base à une discussion impliquant toute industrie du secteur manufacturier et peut se révéler un très bon outil de référence.

Il va de soi que, chaque secteur de l'industrie étant différent, le contexte propre à chacune des situations présentées doit être examiné et replacé dans son contexte propre d'affaires et d'expérimentation. Au risque de se répéter, la détermination de l'admissibilité des activités de RS & DE doit se faire à la lumière de tous les faits en cause.

Ce document d'orientation fournit en effet une approche novatrice dans l'évaluation de projets comportant de la PE. Quelle que soit l'industrie en cause, toute industrie doit constamment créer de nouveaux procédés et produits afin de pouvoir se conformer aux nouvelles exigences d'un marché donné, aux règlements ou caractéristiques propres aux produits qui en sont issus, et ce, afin de demeurer concurrentielle. Les incitatifs fiscaux deviennent ainsi un outil de financement privilégié permettant, entre autres, d'atteindre cet objectif et à une entreprise donnée de se démarquer.

Comme nous l'avons déjà mentionné, plusieurs des travaux d'expérimentation sont effectués en usine et font appel à l'équipement de production et peuvent résulter en des modifications appréciables des procédés utilisés. Pour le secteur particulier des pâtes et papiers (contexte répandu dans le secteur manufacturier), un projet typique de RS & DE est composé d'un ensemble d'étapes successives depuis la conception d'une idée jusqu'aux essais en usine à l'aide d'équipements industriels en passant par les études en laboratoire. Ainsi, dans une usine de pâtes et papiers, la chaîne de transformation de la matière première en produits finis comporte habituellement une séquence de plusieurs procédés de grandes dimensions.

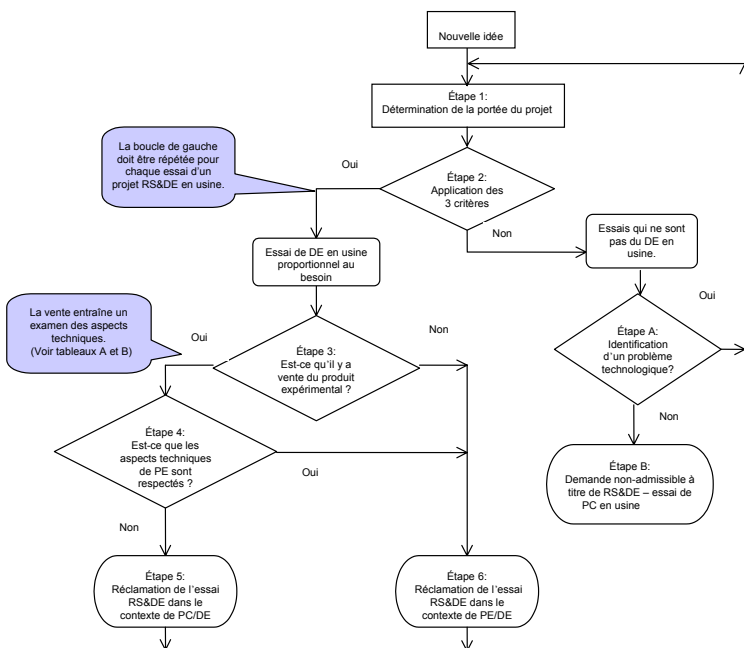
Il convient de noter que l'industrie a recours à de multiples combinaisons de procédés afin de produire un large éventail de produits. En conséquence, chacune des usines, chacun des procédés et chacune des

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 10.

machines présentent des caractéristiques uniques. Il n'est donc pas certain que les solutions s'appliquant à une usine puissent s'appliquer à une autre usine.

De façon similaire au diagramme que nous présentions ci-dessus, le document d'orientation contient également un diagramme présentant une méthodologie élaborée afin de déterminer si des essais donnés entraînent de la PE dans un contexte de développement expérimental.

Diagramme de classification d'essais de PE/DE, PC/DE et PC en usine



Comme nous pouvons le constater et tel qu'il a déjà été discuté, s'il y a vente de produit (étape 3), cela ne fait qu'indiquer qu'il est nécessaire d'explorer de façon plus approfondie les faits afin de relever d'autres aspects techniques pouvant servir à déterminer si les essais de développement expérimental en usine constituent une activité de production commerciale incluant du développement expérimental ou de la PE dans un contexte de développement expérimental. La vente d'un produit, toutefois, ne sert pas de facteur pour établir s'il s'agit d'essais de PE dans un contexte de développement expérimental ou de production commerciale incluant du

développement expérimental en usine. D'autre part, s'il n'y a pas vente de produit en raison de problèmes technologiques liés au projet de développement expérimental, les essais en usine sont jugés comme une activité de PE dans un contexte de développement expérimental (étape 6).

Nous pouvons aussi ajouter qu'il serait trop restrictif de croire que de tels essais devraient se réaliser en laboratoire : la réalité du secteur manufacturier est telle que toute expérimentation s'effectue de façon simultanée avec ses activités commerciales. Le contexte de chaque essai en usine, qu'il s'agisse de PE dans un contexte de développement expérimental ou de production commerciale incluant du développement expérimental, doit être déterminé indépendamment et en fonction des aspects techniques rencontrés. À cet effet, le document d'orientation présente, aux tableaux A et B ci-dessous, une liste non exhaustive, permettant de déterminer quel contexte s'applique pour des essais donnés.

Tableau A : Exemples d'aspects techniques des essais de PE/DE en usine

- Changement des intrants du procédé (notamment le remplacement d'un intrant courant par un intrant différent);
- changement dans la combinaison des intrants (notamment au niveau de l'ordre des intrants, des mélanges ou des concentrations);
- changements ou changements potentiels visant le produit (notamment différentes caractéristiques chimiques ou physiques du produit);
- changement au niveau de la configuration ou des caractéristiques du procédé (notamment au niveau des étapes de traitement, des combinaisons, des mélanges, de l'équipement et des composants);
- changements ou changements potentiels au niveau du roulement de la machine;
- changements ou changements potentiels au niveau du taux de production;
- essais externes dans des conditions d'application (Bêta test).

Tableau B : Évidences et facteurs complémentaires en matière d'essais de PE/DE en usine

- Le développement expérimental comporte un changement au niveau du procédé risquant d'entraîner de l'instabilité, une oscillation ou encore une modification potentielle des caractéristiques techniques du produit;
- dans le cadre d'un projet de développement expérimental, les clients de l'entreprise de fabrication du papier doivent effectuer leurs propres essais pour évaluer les propriétés du nouveau produit fini (expérimental), afin de résoudre toute incertitude technologique liée au respect de certaines caractéristiques de base du produit;
- les caractéristiques du nouveau produit ou procédé sont potentiellement différentes de celles des autres produits ou procédés existants. Cette situation risque d'entraîner, à court terme, une diminution de la qualité des produits ou une production hors normes;
- l'entreprise ne peut pas prévoir les résultats du développement expérimental, et des problèmes technologiques imprévus peuvent surgir au cours des essais en usine et entraîner une dégradation des produits qui n'auraient pas pu être envisagée au début des essais;
- évidence que le personnel a participé au développement d'expériences précises ainsi qu'à la surveillance et à l'analyse des données résultant des essais en usine;
- évidence de la tenue de réunions ou de l'existence d'autres sources pertinentes d'information à l'appui permettant de justifier et de corroborer la planification des essais en usine et de confirmer les risques technologiques associés à ces derniers;
- évidence que des instructions relatives à l'opération expérimentale et d'autres documents connexes ont été préparés aux fins des essais en usine;
- évidence que des instructions d'opération et que des stratégies de surveillance précises concernant le développement expérimental ont été communiquées au personnel concerné;
- évidence de la classification, de la reconnaissance ou du suivi particulier du projet/produit;

- toute autre évidence ou documentation disponible confirmant que les activités ne sont pas courantes.

Ces listes se veulent des guides et ne sont pas exhaustives. De plus, il est fortement recommandé de ne pas recourir à ces listes comme un outil de contrôle, l'évaluation finale devant être effectuée à la lumière de tous les faits en cause.

Ainsi, il apparaît évident que l'évaluation d'essais donnés peut s'avérer un exercice complexe. Dans le cas d'essais réclamés aux fins des crédits à la RS & DE, il est d'ailleurs fortement suggéré que le contexte propre à de tels essais soit reproduit à même la description technique fournie au soutien d'une réclamation et devrait faire l'objet d'une discussion avec le conseiller scientifique de l'ARC, le cas échéant, afin d'assurer une compréhension mutuelle de la situation propre à un projet donné.

Peu importe la durée et le nombre des essais, il s'avère nécessaire de consulter la documentation disponible au soutien de ceux-ci avant de conclure à leur admissibilité d'un point de vue de RS & DE. S'agit-il d'un contexte normal ou anormal de production, quelle est l'incidence des essais, des activités d'expérimentation sur les procédés de l'entreprise, sur la qualité du produit fini? Ces questions devraient être examinées et replacées dans leur contexte. Si la planification effectuée est telle que l'on se retrouve dans une situation excédant les spécifications normales auxquelles on doit faire face en usine, il s'agit d'un fort indicatif qu'une société donnée se retrouve dans un mode expérimental. Si un ensemble de conditions doit continuer d'être évalué avant de conclure d'un point de vue technologique, les activités en découlant sont proportionnelles aux besoins des activités de RS & DE.

Il est aussi important de remettre chaque mot utilisé pour décrire une activité donnée dans son contexte. Par exemple, l'optimisation d'un procédé ne veut pas dire qu'il s'agit d'une activité courante ou d'ingénierie de routine. Il convient de toujours ramener l'analyse sur la base des critères techniques et de se demander quelles étaient les incertitudes qu'un essai donné était censé éclaircir.

Nous applaudissons la publication de ce document d'orientation bien que son application devrait se faire sur la base d'une approche collaborative avec l'ARC afin de minimiser les écarts quant aux conclusions de savoir si un projet donné est admissible aux crédits d'impôt à la RS & DE.

CONCLUSION

Il sera intéressant de suivre les développements et, nous l'espérons, l'évolution positive de l'interprétation qui sera faite de la PE. Il va de soi que les vérifications des dossiers actuellement en cours et celles à venir seront déterminantes. Les faits récents et les documents publiés seront d'une utilité certaine et présentent des pistes intéressantes en vue d'en arriver à trouver des solutions équitables aux fins des réclamations des crédits d'impôt. Il sera d'ailleurs important que toutes les parties visées comprennent l'ensemble des faits en cause et en discutent de façon à permettre aux demandeurs provenant de différents secteurs de bénéficier des incitatifs fiscaux liés aux activités de RS & DE mis à leur disposition.

PARTIE D

L'attribution des dépenses de main-d'œuvre en RS & DE

Michel Rheault, M. Sc.

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

Depuis 2000, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») publie des guides pratiques et ciblés à l'intention des demandeurs de crédits au titre de la recherche scientifique et du développement expérimental (ci-après « RS & DE »). Le guide « Attribution des dépenses de main-d'œuvre à la RS & DE »¹ a été publié en juillet 2004. C'est le sixième guide de la série. Il a pour objet de définir les principaux concepts utiles et d'illustrer une approche de répartition des dépenses de main-d'œuvre pour une réclamation de RS & DE.

Ce guide ne définit pas de nouveaux concepts, mais il rassemble ceux qui sont pertinents pour mieux justifier les dépenses de main-d'œuvre. Il illustre ce que le système d'information du demandeur devrait produire. De plus, il fournit un exemple de méthode de répartition pour une entreprise en démarrage.

En général, l'ARC acceptera la méthode utilisée pour l'attribution des dépenses de main-d'œuvre, si le demandeur fournit des données prouvant que la demande est **raisonnable et justifiée**. Les coûts attribués devraient être justifiables au moyen de contrôles efficaces et de renseignements qui permettent de vérifier que les montants demandés sont raisonnables. Le texte qui suit est un résumé de ce guide.

1. CONCEPTS DE BASE

1.1. MÉTHODE SYSTÉMATIQUE DE RÉPARTITION DES DÉPENSES

Un demandeur doit pouvoir démontrer que la méthode de répartition des dépenses qu'il emploie est systématique et assure un niveau de précision raisonnable. Il doit documenter les éléments clés de sa méthode ainsi que les contrôles qu'il exerce lors de la préparation de sa demande. Le niveau de détail et le degré de raffinement varient beaucoup d'un demandeur à l'autre, mais il demeure essentiel de justifier le caractère raisonnable des dépenses incluses dans une demande.

¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Document d'orientation*, « Attribution des dépenses de main-d'œuvre à la RS & DE », 9 juillet 2004.

1.2. EMPLOYÉS EXERÇANT DIRECTEMENT DES ACTIVITÉS DE RS & DE

Pour réclamer des traitements et des salaires d'employés exerçant directement des activités de RS & DE, il faut considérer la tâche accomplie par l'employé et non le titre de son poste. Il faut donc s'assurer que les efforts réclamés sont nécessaires à la réalisation des objectifs technologiques ou scientifiques du projet, c'est-à-dire les employés chargés de l'expérimentation et de l'analyse ainsi que ceux qui exécutent des travaux techniques et qui appuient directement la recherche pure ou appliquée ou le développement expérimental.

1.3. EN TOTALITÉ OU PRESQUE

Lorsqu'un employé consacre son temps en totalité ou presque (c'est-à-dire 90 % ou plus) à des activités de RS & DE, nous considérons qu'il consacre tout son temps à la RS & DE et que tous ses traitements et salaires sont des dépenses de RS & DE (sous réserve de la limite relative aux employés déterminés).

1.4. MÉTHODE TRADITIONNELLE OU DE REMPLACEMENT

Selon la méthode traditionnelle, les dépenses de RS & DE incluent à la fois les traitements et les salaires des employés qui exercent directement des activités de RS & DE et ceux « directement liés » et « supplémentaires » à ces activités².

La méthode de remplacement consiste à réclamer les traitements et les salaires des employés qui « exercent directement » des activités de RS & DE et à remplacer les frais généraux dont les traitements et les salaires indirects par le « montant de remplacement visé par le règlement » et qui correspond à 65 % de ces traitements et salaires.

² La position actuelle de l'ARC concernant les traitements et les salaires des employés exerçant directement des activités de RS & DE ainsi que les coûts directement liés et supplémentaires à ces activités (coûts différentiels) est exposée dans la *Politique d'application RS & DE* 96-06, « Traitement ou salaire – Personnel “qui entreprend, supervise ou soutient directement” la RS & DE, par opposition au personnel “qui exerce directement des activités” de RS & DE », 19 juillet 1996 et dans la *Politique d'application RS & DE* 2002-01, « Dépenses engagées pour les traitements ou salaires administratifs – Test “directement liées” », 12 mars 2002.

1.5. ACTIVITÉS DIRECTEMENT ATTRIBUABLES (MÉTHODE TRADITIONNELLE SEULEMENT)

Si un employé consacre tout ou une partie de son temps à des activités qui sont directement attribuables à la RS & DE, nous considérons la partie correspondante de ces traitements et salaires comme une dépense de RS & DE (sous réserve de la limite relative aux employés déterminés). Il faut alors concevoir une méthode de répartition des dépenses de main-d'œuvre selon ce qui est directement attribuable ou non à la RS & DE.

Les traitements et les salaires d'un employé qui entreprend, supervise ou soutient directement des activités de RS & DE sont considérés comme étant directement attribuables à la RS & DE. De plus, les dépenses qui sont directement liées et supplémentaires aux activités de RS & DE sont considérées comme étant directement attribuables à la RS & DE. Les traitements et les salaires payés à un employé qui accomplit du travail de soutien de bureau et administratif pourraient représenter des coûts directement liés et supplémentaires à la RS & DE selon les faits du cas.

1.6. CE QUE LE SYSTÈME D'INFORMATION DOIT FOURNIR

Dans une demande soumise selon la méthode traditionnelle, le système d'information doit fournir à la fois le temps des employés exerçant directement des travaux de RS & DE et le temps des employés « directement liés », ainsi que les coûts différentiels de ces travaux.

Dans une demande produite selon la méthode de remplacement, le système d'information doit fournir le temps des employés exerçant directement des travaux de RS & DE. Les autres coûts de main-d'œuvre entrent alors dans le montant de remplacement visé par règlement.

Quelle que soit la méthode choisie, le système d'information doit fournir assez de renseignements pour justifier la raisonnable de la partie de ces dépenses qui est attribuable à la RS & DE et qui doit être incluse dans la demande. Il peut s'agir d'un des éléments suivants :

- une description de la méthode de répartition utilisée;
- une justification du choix de cette méthode, d'après l'environnement de RS & DE du demandeur;
- un aperçu des contrôles internes qui permettent de vérifier la répartition des coûts de main-d'œuvre.

2. JUSTIFICATION DE LA RÉPARTITION DES DÉPENSES DE MAIN-D'ŒUVRE

La répartition des dépenses de main-d'œuvre doit être justifiée en démontrant que :

- cette méthode convient à l'environnement de RS & DE de l'entreprise;
- elle respecte la loi et les pratiques administratives de l'ARC;
- le système de répartition fonctionne toute l'année.

2.1. NIVEAUX D'INFORMATION

Il y a généralement trois niveaux de compilation de l'information offrant chacun une perspective différente sur le projet de RS & DE. Tous permettent une attribution raisonnable des dépenses de main-d'œuvre au projet, à condition de faire partie d'un système d'information comportant des contrôles vérifiables.

a) Haut niveau

C'est la documentation portant sur les objectifs stratégiques et corporatifs d'une entreprise. Elle vient des processus et des systèmes de gestion de haut niveau des projets et de contrôle des coûts. La documentation produite par les systèmes et les processus suivants pourrait produire une information utile pour élaborer et justifier des demandes en matière de RS & DE :

- processus de planification stratégique;
- systèmes de répartition et de contrôle des coûts;
- processus de planification et d'évaluation de projets.

Une information de niveau intermédiaire ou de bas niveau doit exister pour appuyer l'information de haut niveau.

b) Niveau intermédiaire (projet)

C'est l'information sur le travail qui se fait en particulier dans un projet ou sous-projet. Les travaux sont parfois documentés sous les formes suivantes :

- rapports financiers (coûts réels par rapport au budget);
- graphiques de Gantt;
- calendriers;
- sommaires de l'affectation et de l'utilisation de ressources;
- systèmes de contrôle des coûts de projets particuliers;
- rapports sommaires de supervision pour les membres d'équipes de projet.

Il devrait exister un lien clair entre les objectifs d'un projet de RS & DE et les travaux qu'exécutent les membres de l'équipe de projet. Les documents devraient désigner tous les salariés associés à un projet de RS & DE et comporter assez de renseignements pour que l'on puisse déterminer les travaux de RS & DE qui sont inclus dans la demande.

c) Bas niveau

C'est l'information individuelle sur les tâches secondaires qui s'accomplissent aux fins de travaux de RS & DE. À ce niveau, un système efficace relève les heures travaillées par projet au moyen de :

- sommaires de l'affectation et de l'utilisation de ressources;
- relevés de temps;
- journaux individuels et autres.

Il devrait exister un lien clair entre les objectifs d'un projet de RS & DE et les tâches qu'accomplissent les membres de l'équipe de projet.

3. SOURCES D'INFORMATION JUSTIFICATIVE

Le demandeur pourrait utiliser plusieurs sources d'information pour justifier l'attribution des dépenses de main-d'œuvre à un projet de RS & DE. Les faits recherchés sont :

- le nom de chaque employé exerçant des activités de RS & DE;
- la confirmation de son emploi (dates d'embauche et de cessation d'emploi);
- s'assurer que l'individu est un employé et non un entrepreneur;
- l'identification de l'employé déterminé;
- le nombre d'heures qu'un employé consacre à des activités de RS & DE.

Dans certains cas, il faudra peut-être plus d'une source d'information émanant naturellement de l'activité de RS & DE pour déterminer si l'attribution des coûts de main-d'œuvre est raisonnable. Par exemple :

- plans de développement;
- rapports sommaires de supervision;
- relevés de temps;
- contrats;
- documents de planification;
- cahiers des charges;
- énoncés d'objectifs et d'étapes de projet;
- descriptions de problèmes à résoudre;
- budgets et relevés d'affectation de ressources;
- correspondance avec les clients et les fournisseurs;

- comptes rendus de réunions;
- rapports sommaires de supervision;
- journaux et carnets personnels, de projet ou de laboratoire;
- rapports provisoires et définitifs de projet;
- organigrammes.

4. ENVIRONNEMENT DE RS & DE

Le contexte d'entreprise où les activités de RS & DE sont menées (l'environnement de RS & DE) influera sur la nature et les sources des renseignements justifiant la méthode de répartition des dépenses de main-d'œuvre appropriée. En guise d'illustration, quatre environnements de RS & DE sont utilisés pour faire la démonstration des méthodes de répartition appropriées :

- projets de RS & DE distincts et bien définis;
- environnements consacrés à la RS & DE;
- entreprises qui démarrent ou existent depuis peu;
- RS & DE en usine.

4.1. PROJETS DE RS & DE DISTINCTS ET BIEN DÉFINIS

Cet environnement est celui d'une organisation qui affecte des ressources à des projets particuliers de RS & DE. Les objectifs technologiques de ces projets sont bien établis, les dates de début et de fin sont définies. Si le projet de base est de la RS & DE et que des travaux d'appui sont nécessaires pour résoudre des défis techniques, ces travaux peuvent être intégralement attribués au projet.

Dans un tel environnement, l'information justificative doit servir à vérifier les fonctions exercées. Si la main-d'œuvre est employée dans plusieurs projets simultanés, relevant ou non de la RS & DE, on peut répartir les dépenses de main-d'œuvre grâce aux informations suivantes :

- sommaires d'affectation et d'utilisation des ressources;

- systèmes de contrôle des coûts de projets particuliers;
- rapports sommaires de supervision;
- graphiques de Gantt;
- calendriers.

4.2. ENVIRONNEMENTS CONSACRÉS À LA RS & DE

Il s'agit d'environnements où un groupe d'employés est affecté exclusivement à la RS & DE sur de nouveaux produits ou procédés, habituellement sans être associé aux autres activités commerciales de l'entreprise.

Le demandeur devrait pouvoir indiquer les travaux de RS & DE et distinguer les dépenses de main-d'œuvre déductibles pour la RS & DE de l'ensemble des coûts de ce service. De plus, il devrait pouvoir produire une documentation comportant les éléments de contrôle voulus pour justifier l'attribution des dépenses de main-d'œuvre à la RS & DE. La documentation d'appui peut comprendre les éléments suivants :

- rapports sommaires de supervision;
- sommaires d'affectation et d'utilisation des ressources ou système de déclaration négative de temps qui décrit les dépenses de main-d'œuvre non admissibles;
- graphiques de Gantt;
- calendriers;
- relevés de temps.

4.3. ENTREPRISES QUI DÉMARRENT OU QUI EXISTENT DEPUIS PEU

Les entreprises en démarrage mènent souvent des activités de RS & DE pour élaborer de nouveaux produits ou procédés. Le personnel se consacre parfois à un seul projet de RS & DE. L'approche la plus simple peut être alors de désigner les employés qui exercent des activités non admissibles, d'évaluer les coûts qui leur sont associés et de les soustraire du total des dépenses de main-d'œuvre.

Le demandeur devrait pouvoir distinguer les dépenses de main-d'œuvre de RS & DE déductibles de l'ensemble des frais d'exploitation de son entreprise. Il devrait aussi pouvoir fournir des données justifiant l'attribution des dépenses de main-d'œuvre à un projet de RS & DE. La documentation produite peut alors se composer des éléments suivants :

- descriptions de travail;
- plans de développement;
- graphiques de Gantt;
- rapports sommaires de supervision;
- relevés de temps.

4.4. RS & DE EN USINE

La RS & DE en usine est fréquente dans divers secteurs de l'industrie. Il s'agit de créer ou d'améliorer des matériaux, des dispositifs, des produits ou des procédés sur le terrain ou dans un établissement commercial. Divers employés venant de différents secteurs de l'organisation peuvent participer à ces travaux.

Dans ce cas, les demandeurs devraient concevoir une méthode de collecte de données dès le démarrage d'un projet, sans quoi il sera difficile de justifier les heures consacrées à la RS & DE par leurs employés.

CONCLUSION

En général, l'ARC acceptera la méthode utilisée pour l'attribution des dépenses de main-d'œuvre lorsque le demandeur fournira des données prouvant que les coûts attribués sont justifiés par des contrôles efficaces, qu'ils sont raisonnables et vérifiables.

PARTIE E**Questions en RS & DE à l'Agence du revenu du Canada**

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

Sophie Janknecht, ing., M. Sc. A.
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Albert G. De Luca, CA
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

Michel Rheault, M. Sc.
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

Yvan Marceau
Agence du revenu du Canada

Rashter V. Sharma, M. Sc.
Agence du revenu du Canada

Question 1

Travaux techniques *versus* travaux de génie

Il est proposé que l'alinéa d) de la définition de l'expression « activités de recherche scientifique et de développement expérimental » (ci-après « activités de RS & DE ») au paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ soit modifié afin de remplacer les termes « travaux techniques » par « travaux de génie ». Est-ce que l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») peut nous indiquer si ce changement dans cette définition peut avoir comme effet que certains travaux, qui étaient admissibles auparavant, ne le soient plus après l'entrée en vigueur de cette modification? Dans l'affirmative, l'ARC peut-elle nous donner des exemples?

Réponse

Selon l'alinéa d) de la définition de « activités de RS & DE » au paragraphe 248(1) L.I.R. sont compris parmi ce type d'activités certains travaux entrepris par un contribuable ou pour son compte, lorsque ces

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

travaux sont proportionnels aux besoins des travaux visés aux alinéas a) à c) de la définition de « activités de RS & DE » qui sont entrepris par le contribuable, ou pour son compte, et qui servent à les appuyer directement. L'expression « travaux techniques » figure parmi les travaux énumérés à l'alinéa d) et la version française de cet alinéa est modifiée, à compter de la date de sanction du projet de loi, de façon à remplacer l'expression « travaux techniques » par « travaux de génie ».

Lorsque la définition de l'expression « activités de RS & DE » est passée du paragraphe 2900(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*² au paragraphe 248(1) L.I.R., l'expression française « travaux relatifs à l'ingénierie » a été remplacée par l'expression « travaux techniques », sans qu'aucun changement ne soit fait à l'expression anglaise *engineering work* par le ministère des Finances.

Cette modification vise donc à clarifier le sens de l'expression anglaise *engineering work*, qui ne devait pas être appliquée de façon différente en français et en anglais, afin de correspondre à l'intention de la politique fiscale. Si, par le passé, certains contrats pour des travaux techniques, autres que des travaux de génie, ont été acceptés par l'ARC par erreur, ils ne peuvent maintenant qu'être réclamés à titre de frais généraux selon la méthode traditionnelle. Toutefois, si le demandeur utilise la méthode de remplacement, ils feront partie du montant de remplacement visé par règlement (65 %).

Question 2

Quelle est l'incidence du guide sectoriel sur les pâtes et papiers³ (ci-après « P & P ») par rapport à la *Politique d'application RS & DE 2002-02R*⁴?

Réponse

Le guide sectoriel sur les P & P et la *Politique d'application RS & DE 2002-02R* contiennent les mêmes principes clés et s'appliquent de la même façon en pratique, à savoir :

² C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Document d'orientation pour le secteur des pâtes et papiers*, 30 septembre 2004

⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application RS & DE 2002-02R*, « Production expérimentale et production commerciale avec développement expérimental – Dépenses de RS & DE déductibles », 26 mars 2003.

- dans les situations où le développement expérimental (ci-après « DE ») est effectué conjointement ou simultanément avec la production commerciale (ci-après « PC »), il faut identifier les travaux de DE et attribuer les coûts entre le DE et la PC. Cela est le cas, par exemple, du DE effectué en usine lorsque les deux activités (DE et PC) partagent les mêmes procédés et équipements;
- la détermination du contexte dans lequel le DE est effectué se fait selon une méthodologie qui repose sur l'analyse des facteurs techniques. Il peut s'agir d'un contexte de production expérimentale (ci-après « PE ») ou d'un contexte de production commerciale impliquant des travaux de DE (PC+DE);
- les dépenses de RS & DE déductibles sont différentes selon le contexte du DE;
- en dernier lieu, ce sont les faits du cas qui déterminent le résultat.

Un guide sectoriel peut discuter de l'application de la politique d'application dans une industrie particulière. De plus, un guide sectoriel offre des éclaircissements et des renseignements supplémentaires sur les principes énoncés dans la politique d'application.

La Politique d'application RS & DE 2002-02R sera toutefois révisée pour y apporter certaines clarifications. **Toutefois, les principes clés énoncés dans la politique ne changeront pas.**

Les points qui doivent être clarifiés comprennent :

- la vente du produit *versus* la détermination du contexte du DE;
- la façon de déterminer le contexte du DE, c'est-à-dire PE ou PC+DE;
- l'utilisation de la grille d'évaluation;
- le fait que ce soit le demandeur qui est responsable de déterminer les travaux de DE et les coûts y afférents.

Nous prévoyons réviser cette politique d'application d'ici la fin mars 2005.

Question 3

En quoi le guide sectoriel sur les P & P et la révision de la *Politique d'application RS & DE 2002-02R* viennent-ils changer ou préciser les règles de la *Politique d'application RS & DE 96-07*⁵ (quelle sera l'application pratique du *carve-out*, des sujets touchant les prototypes, les usines pilotes, les essais, la récupération des CII, etc.)?

Réponse

La *Politique d'application RS & DE 2002-02R*, émise le 26 mars 2003, a remplacé et annulé tous les commentaires portant sur la PE dans la *Politique d'application RS & DE 96-07*.

Une autre politique d'application distincte, soit la *Politique d'application RS & DE 2004-03*⁶, qui sera bientôt disponible sur le site Web de l'ARC, remplacera et annulera tous les autres sujets contenus dans la *Politique d'application RS & DE 96-07*. Cette politique traite donc expressément des prototypes, usines pilotes/usines commerciales, produits sur commande et biens commerciaux.

Le guide sectoriel des P & P, la *Politique d'application RS & DE 2002-02R* et la *Politique d'application RS & DE 2004-03* reposent sur les mêmes principes déjà énoncés à la question 2 ci-dessus, mais chaque document s'applique à des situations différentes.

En ce qui concerne l'application pratique de la méthode de la mise à part des dépenses (*carve-out* des dépenses), cette méthode ne peut pas être utilisée arbitrairement par le demandeur. Celui-ci a la responsabilité de séparer les travaux de DE et les travaux commerciaux et d'attribuer les coûts en conséquence. S'il est impossible de faire cette répartition, l'ARC pourrait accepter, sous certaines conditions énoncées dans la *Politique d'application RS & DE 2004-03*, que le demandeur utilise la méthode de la mise à part des dépenses.

⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application RS & DE 96-07*, « Prototypes, produits sur commande et biens commerciaux, usines pilotes et production expérimentale », 19 juillet 1996.

⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application RS & DE 2004-03*, « Prototypes, usines pilotes/usines commerciales, produits sur commande et biens commerciaux », 12 août 2004.

Question 4

Quels moyens entend-on prendre pour s'assurer que le guide sectoriel sera appliqué de façon uniforme dans les bureaux de services fiscaux (ci-après « BSF »), par région, par province?

Réponse

La direction de la RS & DE de l'Administration centrale a donné une formation nationale à l'automne 2003 après la publication de la *Politique d'application RS & DE 2002-02R*. Une deuxième phase de formation nationale est actuellement en cours pour refléter les derniers changements.

Voici quelques autres moyens que l'ARC entend prendre :

- formation conjointe ARC/Industrie pour l'industrie des P & P;
- publication de documents sectoriels pour favoriser l'uniformité dans l'industrie;
- réunions internes régulières;
- sensibilisation du personnel de l'ARC et des demandeurs;
- suivi (*monitoring*) de certains dossiers par l'ARC;
- utilisation des services de l'expert sectoriel national en technologie (ESNT).

Question 5

Discuter de l'incidence qu'aura la vente de matériaux transformés lors de l'évaluation des coûts reliés à un essai (selon le guide sectoriel, la vente d'un produit n'est qu'un *trigger* obligeant à creuser plus loin : insister que tous les faits en l'espèce et chaque environnement doivent être examinés avant d'en arriver à une conclusion).

Réponse

Les règles générales concernant le traitement fiscal d'une PE ou d'une PC+DE sont exposées dans la *Politique d'application RS & DE 2002-02R*.

La vente de produits n'est pas un facteur que l'ARC utilise pour distinguer entre une PE et une PC+DE. S'il y a une vente de produits, cela indique qu'il est nécessaire d'explorer de façon plus approfondie les faits afin de relever d'autres aspects techniques pouvant servir à déterminer si les essais de DE en usine consistent en une activité de PE ou une activité de PC+DE.

L'analyse des aspects techniques et des évidences permettra de conclure que :

- dans le cas d'une PE, la vente de produits n'est qu'accessoire ou secondaire aux travaux de DE;
- dans le cas d'une PC+DE, la vente commerciale des produits était l'objectif principal de la production dès le début du projet.

S'il n'y a pas vente de produits en raison de problèmes technologiques liés au projet de DE, les essais en usine sont jugés comme une activité de PE. Par contre, s'il n'y a pas vente de produits pour des raisons n'ayant aucun rapport avec les travaux de RS & DE (par exemple, produit recyclé, perte de produit résultant d'un incendie, de vandalisme, d'un vol, de conditions climatiques extrêmes ou d'autres facteurs non technologiques), cela indique encore une fois qu'il faut vérifier les aspects techniques de la PE. Le fait qu'il n'y ait pas de vente de produits ne résulte pas nécessairement d'incertitudes technologiques attribuables au projet de DE.

Question 6

Préciser la notion de perte d'efficacité de la main-d'œuvre (*labour efficiency loss*), car l'industrie veut faire accepter ce type de dépenses lorsqu'il y a baisse de production. Il semble y avoir une ouverture du côté de l'ARC?

Réponse

En ce qui concerne la notion de perte d'efficacité de la main-d'œuvre, les principes sont les suivants :

- une perte d'efficacité résulte de la réduction de la cadence de l'ensemble des procédés (procédés appliqués à une vitesse réduite) à cause de contraintes technologiques introduites par le projet;
- caractéristiques d'une perte d'efficacité :

- réduction du taux d'alimentation de matières premières, donc une réduction de la cadence de l'ensemble du procédé,
 - réduction proportionnelle des produits fabriqués comparativement à la matière première utilisée,
 - sensiblement le même taux de rejets et le même rendement des procédés,
 - la résultante est une hausse du coût de main-d'œuvre de fabrication par unité de matière produite;
- une perte d'efficacité est une allocation des salaires engagés entre les travaux de PC et de DE. Elle peut être traitée comme une dépense de salaires d'employés exerçant directement des activités de RS & DE;

Remarque : Dans le cas d'une perte d'efficacité, il y a des dépenses de salaires réellement engagées. Cela n'est pas le cas d'une perte d'opportunité puisque, dans un tel cas, il n'y a pas de dépenses engagées.

- pour être admissible, la perte d'efficacité doit rencontrer les conditions suivantes :
 - elle doit être attribuable aux travaux de DE,
 - elle doit se calculer sur la base des salaires réellement engagés dans le cadre de l'essai,
 - les salaires dont il est question doivent être des charges directes pour la main-d'œuvre. Cela ne comprend pas les imputations pour les charges indirectes ni les coûts des matériaux,
 - le travail des employés non spécialisés doit être supervisé par un employé qui a des compétences scientifiques ou techniques dans le cadre du projet,
 - le montant de la perte d'efficacité qui est attribué au DE doit être raisonnable, appuyé par des évidences, et l'ARC doit être en mesure de le vérifier. Il est à noter qu'aucune somme d'argent ne doit être attribuée pour des travaux exécutés avant ou après la fin du projet de DE;

- une perte d'efficacité peut se rencontrer dans le contexte d'une PC+DE. Lorsque le contexte est une PE, il n'y a pas de perte d'efficacité à établir puisqu'il n'est pas nécessaire de répartir les salaires entre le DE et la PC.

Question 7

Quel type de documentation l'ARC s'attendrait-elle à voir pour appuyer une demande comportant des essais en usine, et même de la production expérimentale?

Réponse

Les exigences relatives à la documentation pour les essais en usine sont les mêmes que pour tout autre projet de RS & DE.

Cependant, le *Document d'orientation intersectoriel sur les travaux en usine*, publié le 29 juillet 2002, traite plus particulièrement des renseignements à l'appui de l'admissibilité des travaux. Il y est précisé ce qui suit :

« Les registres et documents établis au cours du projet doivent démontrer que les travaux comportent une investigation systématique y compris l'avancement technologique et les incertitudes technologiques. Ces registres et documents, ainsi que les renseignements obtenus au cours des réunions et discussions, doivent indiquer les objectifs technologiques, les progrès réalisés grâce au travail entrepris ainsi que le moment et la façon dont le travail a été fait.

Les types de renseignements à l'appui de la demande au titre de la RS & DE qu'un demandeur peut avoir en main comprennent les suivants :

- les documents de base relatifs au plan d'un projet et les documents de planification;
- les inventaires de lots de production expérimentaux en usine, de données et de résultats d'essais;
- les carnets de notes du projet et (ou) les données quantitatives mesurées;
- les livres ou registres de laboratoire;
- les documents et croquis de conception;
- les autres documents pertinents (y compris les photos et les bandes vidéo) qui corroborent l'exécution de travaux de RS & DE;

- les prototypes;
- l'équipement utilisé pour les expériences et/ou les analyses;
- les rapports de projet;
- les registres d'affectation des ressources;
- les produits ou processus nouveaux ou améliorés. »

Cette liste est loin d'être exhaustive. Pour de plus amples renseignements, consultez les autres documents de l'ARC sur les renseignements à l'appui d'une demande.

De plus, le *Document d'orientation – Attribution des dépenses de main-d'œuvre à la RS & DE*, publié le 9 juillet 2004, discute des méthodes appropriées de répartition des dépenses de main-d'œuvre pour déterminer les traitements et salaires liés à la RS & DE, y compris la RS & DE en usine.

Question 8

Est-ce que l'ARC peut donner quelques exemples démontrant la notion de « proportionnelle aux besoins » (*commensurate with the needs*) dans un contexte de P & P?

Réponse

Il n'y a pas d'exigences particulières concernant la signification de l'expression « proportionnelle aux besoins » pour la RS & DE de l'industrie des P & P. On doit pouvoir démontrer que le travail entrepris appuie directement le projet de DE (ou la recherche pure et appliquée, s'il y a lieu).

En particulier, dans un contexte de DE en usine, « proportionnelle aux besoins » du projet de DE signifie que les quantités produites sont justifiées par rapport aux délais de production et aux quantités minimums nécessaires pour résoudre les incertitudes technologiques associées aux travaux réalisés. De plus, dans un contexte PE, il faut distinguer les coûts liés à la production excédentaire (production qui dépasse les quantités minimales techniquement requises) de ceux liés à la PE requise aux fins de la RS & DE.

Question 9

Qu'est-ce que l'ARC entend par un essai en usine?

Réponse

Cela signifie simplement que l'essai se fait sur une chaîne de production plutôt qu'en laboratoire.

Le *Document d'orientation intersectoriel sur les travaux en usine* précise que :

« La RS & DE en usine suppose la création de matériaux, dispositifs, produits ou procédés nouveaux (ou l'amélioration de matériaux, dispositifs, produits ou procédés existants) dans une installation commerciale ou un milieu de production, par exemple, un essai de production d'une gamme de produits existants ou améliorés. Il s'agit habituellement des résultats d'une production expérimentale ou à des procédés expérimentaux qui se font de concert ou simultanément avec des activités de production commerciale exclues. La RS & DE en usine est fréquente dans différents secteurs de l'industrie et consiste principalement en du développement expérimental. »

Question 10

Quelle est l'approche de l'ARC lorsqu'il s'agit de remettre certaines terminologies portant à confusion telles que « optimisation », « amélioration » ou autre afin de déterminer l'admissibilité d'une activité ou d'un projet donné (les mots devraient être remis dans le contexte en cause)?

Réponse

Ce n'est pas la façon dont on nomme le travail qui importe mais plutôt la nature du travail qui est réellement entrepris. La détermination de l'admissibilité des travaux se fait sur la base de la définition de l'expression « activités de RS & DE » au paragraphe 248(1) L.I.R.

Par exemple, en ce qui a trait à l'optimisation ou à l'amélioration des procédés, la position de l'ARC est reflétée dans le *Document d'orientation pour le secteur des pâtes et papiers* comme suit :

« Dans l'industrie, on se sert des termes “optimisation des procédés, amélioration des procédés et amélioration continue” ou d'autres désignations similaires pour décrire ces types de projet. Cependant, il faut tenir compte de certains facteurs particuliers en ce qui concerne les demandes visant un travail d'optimisation de procédé. Il s'agit d'un domaine pouvant engendrer une certaine ambiguïté sur la vraie nature du projet de RS & DE qui serait attribuable à la terminologie utilisée pour la décrire.

Par exemple, l'optimisation des procédés, comme défini dans la CI 86-4R3, renvoie au travail de mise au point des procédés visant notamment à assurer une

efficacité accrue, la qualité du produit fini et des avantages d'ordre financier ou stratégique. Cette définition de l'optimisation des procédés est principalement une caractéristique des projets qui sont motivés par des objectifs financiers ou stratégiques, plutôt que par des objectifs scientifiques ou technologiques. La définition plus générale de l'optimisation des procédés utilisée par les représentants de l'industrie englobe divers types de travaux, dont certains pourraient être jugés de RS & DE.

Dans ce contexte, la recherche d'avancements technologiques dans le cadre d'un projet d'optimisation des procédés correspond à un travail de rehaussement de l'étendue ou du niveau des connaissances technologiques du demandeur par rapport à sa situation au début de la recherche ou de l'étude systématique. Le contexte commercial du demandeur doit être pris en compte au moment de déterminer si l'on a tenté d'augmenter l'étendue des connaissances technologiques pour le projet d'optimisation des procédés. Plus particulièrement, l'étendue des connaissances technologiques dans le contexte commercial correspond aux ressources technologiques (c.-à-d. le niveau courant de la technologie, le savoir-faire technologique et l'expérience du personnel) qui sont raisonnablement accessibles au demandeur, tant à l'interne qu'à l'externe.

Il est très important que l'admissibilité du travail soit déterminée en fonction d'une évaluation au cas par cas du travail effectué en tant que tel, et non de l'utilisation du terme "optimisation des procédés" pour le décrire. »

Question 11

Est-ce que l'ARC peut définir la notion de risque, c'est-à-dire remettre le tout dans le contexte d'incertitude technologique et non de risque (qui n'est pas nécessairement de la RS & DE)?

Réponse

Pour résoudre une incertitude technologique, donc pour réaliser un avancement technologique, il est nécessaire d'entreprendre des travaux en dehors des paramètres normaux reconnus, c'est-à-dire que la solution du problème (incertitude technologique) n'est pas disponible dans la pratique standard. Le fait d'entreprendre des travaux en dehors des paramètres normaux reconnus ne rend pas immédiatement les travaux admissibles pour la RS & DE; toutes les exigences pour qu'ils se qualifient comme de la RS & DE doivent être respectées.

Question 12

Y a-t-il des délais maximums (en nombre d'heures) pour l'examen des demandes, aussi bien comptable que scientifique?

Réponse

Le programme de la RS & DE s'efforce de traiter les demandes complètes de RS & DE à l'intérieur des normes de service suivantes :

- demande remboursable : 120 jours civils suivant la réception d'une demande complète;
- demande non remboursable : 365 jours civils suivant la réception d'une demande complète;
- redressement remboursable requis par le demandeur : 240 jours civils suivant la réception d'une demande complète;
- redressement non remboursable requis par le demandeur : 365 jours civils suivant la réception d'une demande complète.

Question 13

Quel est le rôle de l'examineur financier *versus* le rôle du conseiller en recherche et technologie? Qui est responsable? À qui le fiscaliste doit-il s'adresser afin de régler un dossier? Qui est décisionnel?

Réponse

L'examen d'une demande relative à la RS & DE s'effectue en deux temps. Les travaux sont évalués afin de déterminer s'ils respectent les critères et sont admissibles à titre de travaux de recherche scientifique ou de développement expérimental, ou les deux. Les coûts associés au projet sont examinés pour vérifier s'il s'agit de dépenses admissibles de RS & DE. L'ordre des activités d'examen variera d'un dossier à l'autre, mais le conseiller en recherche et technologie et l'examineur financier travaillent en étroite collaboration dans chaque cas pour assurer l'uniformité et l'équité tout au long du processus d'examen. L'examineur financier de l'ARC examine les coûts associés aux projets visés par la demande, alors que le conseiller en recherche et technologie de l'ARC, ou un consultant engagé par l'ARC, se penche sur le côté technique des travaux. Selon la nature du litige, le fiscaliste s'adressera au conseiller en recherche et technologie pour l'aspect scientifique et à l'examineur financier pour l'aspect financier.

Question 14

Avant de cotiser, consulte-t-on la direction générale de la RS & DE à Ottawa sur les points litigieux ou les zones grises? Quel est le rôle de cette direction? Dans quelle mesure le demandeur ou son représentant se doit-il d'être avisé? Y a-t-il une politique interne à cet égard?

Réponse

Les bureaux des services fiscaux coordonnateurs (ci-après « BSFC ») peuvent demander à l'Administration centrale une opinion lorsqu'il s'agit de questions touchant l'application de la loi. Dans certains cas, l'Administration centrale demandera une opinion légale ou une décision du ministère de la Justice. Les BSFC sont également responsables de signaler à l'Administration centrale les questions d'ordre national ou qui peuvent agir sur une industrie en particulier. Le demandeur ou son représentant sera informé lorsqu'une décision sera rendue. Il n'y a aucune politique écrite à ce sujet.

Question 15

Il est de plus en plus courant de voir des vérificateurs, souvent des scientifiques, s'interposer entre un demandeur et son représentant. L'ARC a-t-elle une politique qui consiste à bannir les consultants?

Réponse

Les demandeurs peuvent avoir un représentant lors d'un examen de RS & DE ou lors de l'entrevue. Toutefois, le conseiller en recherche et technologie et l'examineur financier posent normalement leurs questions au demandeur et s'attendent à une réponse de lui. L'autorisation d'effectuer un examen provient de l'article 231 L.I.R. et est précise en ce sens. Toutefois, les agents de l'ARC permettent aux représentants du demandeur de répondre pour lui. Avoir accès au personnel technique du demandeur qui a la connaissance des projets de R & D est impératif pour effectuer un examen rapide et précis et pour déterminer les sommes d'argent auxquelles le demandeur a droit.

Question 16

Les normes de service publiées et rendues publiques par l'ARC sont-elles toujours en vigueur? Dans l'affirmative, dans quelle mesure les BSF les atteignent-elles?

Réponse

Les normes de service publiées sont encore en vigueur. Pour l'année terminée le 31 mars 2004, dans l'ensemble, le taux national se situait à 94 % pour les quatre normes.

Question 17

Est-il d'usage qu'un dossier soit fermé et cotisé pour absence de budget d'heures (ressources insuffisantes) par l'ARC afin que le demandeur effectue ses représentations lors de l'opposition plutôt qu'au moment de la vérification?

Réponse

Il n'est pas d'usage pour l'ARC de fermer et de cotiser un dossier par faute de temps sans permettre au demandeur d'effectuer ses représentations. Si une telle situation survient, veuillez communiquer avec le directeur adjoint RS & DE du BSFC ou avec le directeur du BSFC concerné.

Question 18

Certains bureaux n'offrent plus le service d'information sur le statut d'une demande. Est-il de la volonté de l'ARC de couper ce service dans tous les bureaux?

Réponse

Tous les BSFC ont des lignes téléphoniques dédiées expressément à la RS & DE et les numéros sont publiés sur le site Web de l'ARC – RS & DE. Dans l'éventualité où l'on ne pourrait pas répondre immédiatement à votre question, vous recevriez un appel dans les 48 heures. Si à aucun moment vous n'êtes satisfait du service reçu par le biais des lignes téléphoniques dédiées expressément à la RS & DE, veuillez communiquer avec le directeur adjoint RS & DE du BSFC ou avec le directeur du BSFC concerné.

Question 19

Pour qu'un paiement se qualifie comme un paiement à un tiers, faut-il que des activités de recherche pure ou de recherche appliquée soient exercées? Peut-il y avoir des activités de DE?

Réponse

En général, les paiements à des tiers sont faits en rapport avec de la recherche pure et/ou appliquée, mais ils peuvent aussi comprendre du DE.

Seuls les paiements faits à une société résidant au Canada et exonérée d'impôt en vertu de l'alinéa 149(1j) L.I.R. qu'un demandeur constitué en société déduit de son compte de dépenses de RS & DE en vertu du sous-alinéa 37(1a)(iii) L.I.R. doivent servir à financer des activités de recherche fondamentale ou appliquée exercées au Canada.

Les autres paiements à des tiers peuvent être déduits du compte de dépenses de RS & DE en vertu des sous-alinéas 37(1a)(i.1) ou (ii) L.I.R. s'ils respectent les conditions prévues à ceux-ci. En outre, pour chaque paiement à un tiers présenté à l'annexe A du Formulaire T661, le demandeur devra être en mesure de prouver :

- que le paiement en question a servi à des activités de RS & DE exercées au Canada;
- que ces activités sont en rapport avec l'une de ses entreprises; et
- qu'il est en droit d'exploiter les résultats de ces activités de RS & DE.

L'interprétation et l'application de l'ARC concernant les paiements à des tiers sont exposées dans les *Politiques d'application RS & DE 96-04*⁷, *RS & DE 96-10*⁸ et *RS & DE 2001-01*⁹.

Question 20

Pour qu'une dépense se qualifie comme une dépense de RS & DE faite pour le compte d'une entreprise (le payeur), jusqu'à quel point le payeur doit-il être mis à contribution dans le projet? Doit-il contrôler le projet? Doit-il participer activement? Avoir des compétences particulières?

⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application RS & DE 96-04*, « Paiements à des tiers pour de la RS & DE », 12 juillet 1996.

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application RS & DE 96-10*, « Paiements à des tiers – Processus d'approbation, statut d'agrée », 15 octobre 1996.

⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application RS & DE 2001-01*, « Chaires de recherche », 3 avril 2001.

L'admissibilité au crédit d'impôt à l'investissement (ci-après « CII ») à la RS & DE se fait-elle du point de vue du payeur ou du point de vue de l'exécutant?

Réponse

De façon générale, lorsqu'une entreprise (le payeur) donne un contrat pour que des travaux de RS & DE soient effectués pour son compte, l'entreprise contrôle le projet de RS & DE alors que l'exécutant exerce des tâches précises pour le payeur.

Pour le payeur, les montants payables en vertu du contrat peuvent être des dépenses de RS & DE admissibles au CII. Par contre, pour l'exécutant, les paiements contractuels réduisent ses dépenses de RS & DE admissibles aux fins du CII.

Il peut parfois être difficile, selon les termes d'un contrat, de déterminer qui du payeur ou de l'exécutant a droit au CII. L'élément majeur qui permet d'établir si un montant se qualifie comme un paiement contractuel est d'établir si le payeur a demandé à l'exécutant d'effectuer de la RS & DE « pour son compte » selon les termes du contrat. Cette détermination se fait sur la base des dispositions du contrat lu dans son ensemble et par l'examen de tous les faits entourant le cas.

La *Politique d'application RS & DE* 94-04¹⁰ traite des critères ci-dessous, qu'il faudra considérer pour en arriver à une conclusion quant à la nature d'un paiement :

- exigences du contrat quant aux travaux à effectuer;
- prix *versus* risques assumés;
- propriété intellectuelle;
- contrats à l'égard de produits *versus* contrats de service (lorsque les autres critères ne sont pas concluants).

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Politique d'application RS & DE* 94-04, « Définition de "paiement contractuel" au paragraphe 127(9) », 16 septembre 1994.

Aucun des critères n'est en soi déterminant. Il faudra faire une analyse de l'ensemble des circonstances entourant les paiements pour déterminer si un montant se qualifie à titre de paiement contractuel.

Question 21

Est-ce que le coût de développement d'un logiciel intégré dans un produit développé est considéré comme un bien soumis à la récupération quand le produit est vendu ou converti à un usage commercial, ou est-il considéré comme de la main-d'œuvre?

Réponse

Si le développement du logiciel se fait à l'interne, les coûts engagés pour les salaires versés aux employés du demandeur sont considérés comme de la main-d'œuvre et il n'y a aucune récupération de CII lorsque le produit est vendu ou converti à un usage commercial.

Si le développement du logiciel est fait à forfait par un tiers et que le paragraphe 37(4) L.I.R. ne s'applique pas, la disposition du produit ou sa conversion à un usage commercial entraînera une récupération du CII.

PARTIE F**Questions en RS & DE à Revenu Québec**

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

Sophie Janknecht, ing., M. Sc. A.
Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Albert G. De Luca, CA
Samson Bélair/Deloitte & Touche s.e.n.c.r.l.

Michel Rheault, M. Sc.
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

Bernard Nolan, avocat, M. Fisc.
Revenu Québec

Question 1

Exercices financiers différents.

Aux fins de l'article 1029.7.2 de la *Loi sur les impôts*¹, lorsque des sociétés associées n'ont pas la même fin d'exercice, quelles sont, pour la société A, les années d'imposition précédentes des sociétés associées dans l'exemple suivant?

- Sociétés A, B et C sont associées;
- société A a une fin d'année au 30 septembre 2004;
- société B a une fin d'année au 30 avril 2004;
- société C a une fin d'année au 31 décembre 2004.

Réponse

Au 30 septembre 2004, pour la société A, l'année d'imposition de la société B à considérer aux fins du calcul prévu à l'article 1029.7.2 L.I. est l'année d'imposition terminée le 30 avril 2004.

¹ L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

L'année d'imposition de la société C à considérer pour la société A au 30 septembre 2004 sera la dernière année d'imposition de la société C terminée avant le 30 septembre 2004.

Question 2

Contrat de service *versus* contrat pour l'acquisition d'un bien.

Aux fins du paragraphe e) de l'article 1029.7 L.I., la moitié de la partie de la contrepartie versée dans le cadre d'un contrat donné peut donner droit à un crédit d'impôt. Revenu Québec peut-il nous indiquer si, dans une situation où un contribuable, dans le cadre de ses activités de RS & DE, fait fabriquer sur mesure, en sous-traitance, une pièce d'équipement, ce contribuable pourrait réclamer un crédit sur la portion main-d'œuvre qui lui est facturée dans le cadre du contrat en question. Plus précisément, Revenu Québec peut-il nous indiquer les critères qu'il utilise afin de faire la distinction entre un contrat de service et un contrat pour l'acquisition d'un bien?

Réponse

Un contribuable pourra réclamer un crédit d'impôt sur la moitié de la partie de la contrepartie qu'il verse dans le cadre d'un contrat donné, c'est-à-dire un contrat par le biais duquel il fait effectuer par un sous-traitant non lié des travaux relatifs à la RS & DE qu'il effectue. Par conséquent, si la pièce d'équipement qu'il fait fabriquer est utilisée dans le projet de RS & DE du contribuable, il s'agit d'un contrat donné au sens du paragraphe e) de l'article 1029.7 L.I. et, si la pièce d'équipement est plutôt utilisée dans le cadre des activités courantes du contribuable, il s'agit d'un contrat pour l'acquisition d'un bien.

Question 3

Transfert du solde des dépenses de R & D non déduites.

Une société qui exerçait ses activités en Ontario déménage au Québec. La société a des dépenses de RS & DE non déduites des années antérieures au fédéral (pool de R & D). L'article 31 L.I. permet-il de prendre le solde de dépenses RS & DE fédéral comme solde de départ au Québec pour l'année du déménagement?

Réponse

La société peut prendre le solde de dépenses RS & DE non déduites au fédéral comme solde de départ au Québec pour l'année du déménagement de la société.

Question 4

À l'occasion du *Bulletin d'information* 2003-7², publié le 12 décembre 2003, le ministère des Finances du Québec a annoncé qu'il apportait une précision quant à l'application des règles relatives au cumul de l'aide fiscale prévue dans la législation fiscale québécoise.

Ainsi, à supposer qu'une société exemptée entreprenne un projet à l'égard duquel un de ses employés exerce des activités se qualifiant à la fois aux fins de la R & D et pour le crédit favorisant le développement de la nouvelle économie, devons-nous comprendre que cette société doit maintenant choisir entre l'un ou l'autre des deux crédits et, dans la négative, de quelle façon doit s'effectuer cette répartition entre les deux crédits?

Réponse

Avant la modification proposée dans le *Bulletin d'information* 2003-7 relativement à la restriction portant sur le cumul de plusieurs crédits d'impôt remboursables, une société exemptée au sens donné à cette expression au premier alinéa de l'article 1029.8.36.0.17 L.I., pouvait utiliser, aux fins du calcul du crédit pour la R & D prévu à l'article 1029.7 L.I., la partie du salaire engagé par elle dans une année d'imposition à l'égard d'un employé admissible qui excède le salaire admissible aux fins du calcul du crédit favorisant le développement de la nouvelle économie (la limite annuelle maximale du salaire admissible étant de 37 500 \$). Évidemment, cet excédent devait se qualifier aux fins de l'application de l'article 1029.7 L.I.

Il faut toutefois rappeler qu'en vertu des dispositions de l'article 1029.8.36.0.27 L.I. ce cumul n'est possible que pour une année d'imposition qui n'est pas comprise en totalité ou en partie dans la période de trois ans qui débute au dernier en date du moment où sa première année d'imposition commence et de sa date de référence.

² QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2003-7, « Modifications d'ordre technique visant à accroître l'intégrité et la cohérence du régime fiscal », 12 décembre 2003.

La modification annoncée dans le *Bulletin d'information* 2003-7, d'une part, ne se trouve pas à modifier la portée de l'article 1029.8.36.0.27 L.I. et, d'autre part, n'a pas pour effet d'interdire complètement le cumul de plusieurs crédits d'impôt remboursables à l'égard de toutes les activités d'un même employé au-delà de la période couverte par cet article. La portée de cette modification fera en sorte que la société exemptée qui voudra à la fois réclamer à l'égard d'un employé admissible un crédit favorisant le développement de la nouvelle économie ainsi qu'un crédit sur salaire R & D devra tenir compte dans le calcul du premier crédit, aux fins de la détermination à la fois de la limite annuelle maximale applicable et du salaire admissible, du pourcentage de temps de l'employé admissible qui est attribuable au salaire ayant été pris en compte pour le calcul du crédit sur salaire R & D. En d'autres mots, la limite annuelle maximale et le salaire admissible devront être réduits pour tenir compte du choix exercé par le contribuable.

Donc, si une société exemptée réclame pour une année d'imposition à l'égard d'un employé admissible un crédit R & D et que le salaire de cet employé, qui est considéré aux fins de ce crédit, représente 25 % du salaire total de l'employé, le montant de la limite annuelle maximale ainsi que le salaire admissible devront être réduits de 25 %.

Cette ventilation entre le crédit favorisant le développement de la nouvelle économie et le crédit sur salaire R & D doit être faite par la société exemptée.

À titre d'exemple, supposons qu'une société exemptée verse au cours de l'exercice financier débutant le 1^{er} janvier 2004 et se terminant le 31 décembre 2004 un salaire de 60 000 \$ à un employé admissible. Le tiers des activités de cet employé est consacré à des travaux de R & D. Quant au taux de crédit pour la R & D, il est de 35 %. Le tableau suivant expose le calcul du total des crédits auxquels la société exemptée aura droit pour l'année d'imposition 2004.

Exemple d'application de la nouvelle règle restreignant le cumul

Salaire engagé par la société	60 000 \$
Choix de la société de réclamer un crédit R & D relatif aux salaires (20 000 \$ x 35 %)	7 000 \$
Application des règles du <i>Bulletin d'information</i> 2003-7 au regard du montant versé après le 12 décembre 2003 et donnant ouverture au crédit favorisant le développement de la nouvelle économie (en tenant compte du fait que la société choisit une période représentant 33⅓ % du temps de l'employé admissible aux fins du crédit R & D).	
« Salaire admissible » est le moindre :	
de la limite annuelle maximale : $(37\,500 \$ \times 66\frac{2}{3} \%) = 25\,000 \$$	
du salaire engagé par la société : $(60\,000 \$ \times 66\frac{2}{3} \%) = 40\,000 \$$	25 000 \$
Crédit sur le salaire admissible (25 000 \$ x 40 %)	10 000 \$
Total des crédits	17 000 \$

Dans l'éventualité où, dans l'exemple précédent, le taux du crédit R & D relatif aux salaires était de 17,5 % (par exemple, en raison du fait que la société ne se qualifie pas à titre de société sous contrôle canadien) la société exemptée n'aurait pas intérêt à réclamer, aux fins de la législation québécoise, un crédit R & D relatif aux salaires.

Exemple d'application de la règle transitoire

Supposons que l'exercice financier de la société exemptée débute le 1^{er} juillet 2003 et se termine le 30 juin 2004, que le montant du salaire versé avant le 13 décembre 2003 est de 28 750 \$ et que celui versé après le 12 décembre 2003 est de 28 750 \$. Le salaire se rapportant aux activités de R & D totalise une somme de 20 000 \$ et il est versé en totalité avant le 12 décembre 2003. Les tableaux suivants exposent le calcul du total des

crédits auxquels la société exemptée aura droit pour l'année d'imposition 2004 pour les deux périodes concernées.

Calcul des crédits pour la période précédant le 13 décembre 2003

Salaire engagé par la société avant le 13 décembre 2003	28 750 \$
Limite annuelle maximale (avant le 13/12/03) (aux fins de simplification, nous supposons que la période précédant le 13 décembre représente la moitié de l'année) ($37\,500 \$ \times \frac{1}{2}$)	18 750 \$
« Salaire admissible » est le moindre :	
de la limite annuelle maximale : 18 750 \$	
du salaire engagé par la société : 28 750 \$	18 750 \$
Crédit sur le salaire admissible	7 500 \$
Salaire donnant ouverture au crédit R & D compte tenu de la restriction de l'article 1029.6.0.1 L.I.	
Le moindre du :	
Salaire de l'employé qui se rapporte à la R & D : 20 000 \$	
Salaire de l'employé admissible qui excède la limite annuelle maximale : 10 000 \$	10 000 \$
Crédit R & D relatif aux salaires ($10\,000 \$ \times 35 \%$)	3 500 \$
Cumul du crédit sur le salaire admissible et le crédit R & D relatif aux salaires	11 000 \$

Calcul des crédits pour la période suivant le 12 décembre 2003

Salaire engagé par la société après le 12 décembre 2003	28 750 \$
Salaire se rapportant aux activités de R & D pour la période	Ø
Application des règles du <i>Bulletin d'information</i> 2003-7 au regard du montant versé après le 12 décembre 2003 et donnant ouverture au crédit favorisant le développement de la nouvelle économie (étant donné que l'employé admissible ne consacre pas de temps aux activités de R & D, ni la limite annuelle maximale ni le salaire engagé par la société ne se trouve réduit par la nouvelle règle sur le cumul).	
« Salaire admissible » est le moindre :	
de la limite annuelle maximale : $(37\,500 \$ \times \frac{1}{2} \times 100 \%) = 18\,750 \$$	
du salaire engagé par la société pour cette période : 28 750 \$	18 750 \$
Crédit sur le salaire admissible $(18\,750 \$ \times 40 \%)$	7 500 \$

Comme on peut le constater dans le premier tableau de l'exemple d'application de la règle transitoire, le total du salaire attribuable à la R & D (20 000 \$) et du salaire pouvant se qualifier de salaire admissible aux fins du crédit favorisant le développement de la nouvelle économie (18 750 \$), soit 38 750 \$, excède de 10 000 \$ le salaire de 28 750 \$ versé à l'employé admissible pour cette période. Donc, en raison des restrictions de l'article 1029.6.0.1 L.I., dans sa version applicable à la période antérieure au 13 décembre 2003, et qui interdisent à un contribuable de réclamer plus d'un crédit à l'égard d'un même dollar de dépense, une somme de 10 000 \$ ne pourra donner pour cette période ouverture à la fois au crédit R & D et au crédit favorisant le développement de la nouvelle économie.

Question 5

Le gouvernement du Québec, par l'intermédiaire de ses agences dont Investissement Québec et Montréal International, a fait au cours des dernières années beaucoup de promotion à l'égard de son programme de crédit d'impôt et des avantages de ce dernier pour attirer des Contract Research Organizations (ci-après « CRO ») au Québec. Toutefois certaines

réclamations soumises par des sociétés pharmaceutiques ont été remises en cause par Revenu Québec en s'appuyant sur la prémisse que les contrats entre les CRO et des individus (qui collaborent aux études) constituaient des contrats de service et, par le fait même, étaient considérés comme un deuxième niveau de sous-traitance, rendant ainsi la réclamation de la société pharmaceutique inadmissible sur ces paiements. Revenu Québec peut-il nous confirmer sa position à cet égard ainsi que le traitement fiscal approprié pour les sommes payées aux individus qui participent aux tests cliniques?

Réponse

La position de Revenu Québec est bien celle que vous énoncez en prenant en considération, toutefois, que la société pharmaceutique et le CRO n'ont pas de lien de dépendance au moment de la conclusion du contrat de RS & DE.

En effet, l'indemnité, mentionnée au second alinéa de l'article 25 du *Code civil du Québec*³, qui est versée à un particulier en raison de sa participation en tant que sujet d'une expérience visant à tester les effets de médicaments constitue essentiellement un montant reçu en contrepartie de la fourniture d'un service par ce particulier. Compte tenu des circonstances entourant l'expérimentation de médicaments, Revenu Québec considère qu'un tel service n'est pas rendu par un employé en vertu d'un contrat de travail défini à l'article 2085 C.c.Q., mais plutôt en vertu d'un contrat d'entreprise ou de service défini à l'article 2098 C.c.Q.

En conséquence, un particulier bénéficiant d'une indemnité décrite ci-dessus doit inclure dans le calcul de son revenu en vertu de l'article 80 L.I. le montant de cette indemnité, déduction faite des dépenses qu'il est raisonnable de considérer comme ayant été engagées pour participer à l'expérimentation.

Compte tenu de cette conclusion et des politiques de Revenu Québec, il est entendu que le payeur d'une telle indemnité n'a aucune obligation en matière de déduction à la source et de déclaration de renseignements à l'égard de ladite indemnité.

³ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS ET MISE À JOUR EN TAXES À LA CONSOMMATION



Stéphane Marcassa

Avocat, DESS Fisc.
PricewaterhouseCoopers s.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	35:3
1. ANNONCES BUDGÉTAIRES	35:3
1.1. BUDGET FÉDÉRAL.....	35:3
1.1.1. Remboursement intégral de la TPS aux municipalités	35:3
1.2. BUDGET DU QUÉBEC	35:6
1.2.1. Détaxation des couches pour enfants et des articles d'allaitement.....	35:6
1.2.2. Exonération des services d'appels d'urgence 9-1-1 fournis au gouvernement ou à un organisme gouvernemental	35:6
1.2.3. Précision concernant l'exonération des services municipaux de transport.....	35:7
1.2.4. Simplification du régime de la taxe sur les primes d'assurance	35:8

2.	ADMINISTRATION FISCALE	35:9
2.1.	UN NOUVEL IDENTIFIANT POUR LA TPS/TVH.....	35:9
2.2.	L'INDUSTRIE DU VÊTEMENT	35:9
2.3.	DIVULGATIONS VOLONTAIRES	35:10
2.4.	PRESCRIPTION APPLICABLE AUX CRÉANCES FISCALES	35:11
3.	EXIGENCE DOCUMENTAIRE	35:11
4.	COTISATION À L'ENCONTRE DE L'ACQUÉREUR	35:14
5.	REMBOURSEMENT DE DÉPENSES	35:18
6.	AUTRES SUJETS TECHNIQUES DE L'HEURE	35:19
6.1.	TAXE PAYÉE PAR ERREUR ET CTI/RTI	35:19
6.2.	PRODUCTION DE BIENS UTILISÉS DANS DES CONTRATS SUR IMMEUBLE	35:20
6.3.	MAUVAISES CRÉANCES	35:21
6.4.	ÉBAUCHE DE L'ÉNONCÉ DE POLITIQUE P-051R2	35:22
	CONCLUSION	35:22

INTRODUCTION

Cet article traite des développements récents en matière de taxes à la consommation. Il sera notamment question de la jurisprudence, des positions administratives des autorités fiscales ainsi que des modifications législatives qui sont survenues au cours de la dernière année et qui ont une incidence sur la pratique courante des entreprises.

1. ANNONCES BUDGÉTAIRES

1.1. BUDGET FÉDÉRAL

1.1.1. Remboursement intégral de la TPS aux municipalités

Dans le discours du Trône du 2 février 2004, le gouvernement fédéral nous annonçait qu'il entendait accorder aux municipalités un remboursement intégral de la taxe sur les produits et services (ci-après « TPS ») et de la composante fédérale de la taxe de vente harmonisée (ci-après « TVH ») (7 % sur le 15 % de TVH) qu'elles paient sur leurs achats. À la suite de cette annonce, on publiait le 9 mars 2004 un *Avis de motion de voies et moyens* visant à modifier la *Loi sur la taxe d'accise*¹ en ce sens. Ces mesures proposées n'entreront pas en vigueur tant qu'elles ne recevront pas la sanction royale, mais on peut raisonnablement conclure qu'il ne s'agit que d'une question de temps. Dans cette section, la mention TPS vaut mention de la composante fédérale de la TVH.

1.1.1.1. Situation actuelle

Un inscrit qui exploite des activités commerciales (c'est-à-dire la réalisation de fournitures taxables et détaxées) a le droit de réclamer des crédits de taxes sur intrants (ci-après « CTI ») pour les déboursés engagés afin de réaliser ces activités. Les déboursés engagés autrement que dans le cadre d'activités commerciales ne peuvent faire l'objet d'un CTI.

Les organismes de services publics, comme les municipalités, effectuent beaucoup de fournitures exonérées. Ainsi, en général, ces organismes réclament peu de CTI. Afin de pallier ce fardeau de TPS non récupérable, la *Loi sur la taxe d'accise* prévoit pour ces organismes des remboursements partiels de la TPS payée qui n'a pu faire l'objet d'un CTI. Dans le cas des

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

municipalités, ce taux de remboursement est actuellement de 57,14 %, soit 4 % sur 7 % de TPS. Les municipalités doivent donc assumer *grosso modo* 3 % de TPS sur l'ensemble de leurs déboursés taxables. La présente modification proposée viendrait donc en aide aux municipalités en éliminant tout fardeau de TPS sur l'ensemble de leurs achats, et ce, peu importe qu'elles exploitent des activités commerciales ou non.

1.1.1.2. Qui et quand?

Le remboursement s'appliquerait aux organismes municipaux constitués en personnes morales au sens de la définition de « municipalité » dans la *Loi sur la taxe d'accise*, aux entités auxquelles le ministre du Revenu national a conféré le statut de municipalité, comme les commissions de transport et les bibliothèques publiques, ainsi qu'aux entités désignées comme municipalités par le ministre du Revenu national, comme certaines sociétés ou coopératives de logement social.

Le remboursement proposé s'appliquerait aux acquisitions et aux importations de biens et de services effectuées par les municipalités et à l'égard desquelles la TPS devient payable après le 31 janvier 2004 ou est payée après cette date sans qu'elle soit devenue payable.

1.1.1.3. Modifications aux fournitures effectuées par les municipalités

Ce nouveau remboursement intégral de la TPS ne devrait pas avoir d'impact sur l'exonération des services municipaux en général. Cependant, afin de s'assurer que ce nouveau remboursement profite essentiellement aux municipalités, il est proposé que certaines fournitures effectuées par les municipalités deviennent taxables plutôt qu'exonérées. En voici quelques exemples :

- Les biens meubles en immobilisation utilisés principalement en dehors des activités commerciales d'une personne ne sont pas taxables lors de leur revente étant donné qu'aucun CTI n'a pu être demandé lors de l'achat de ces biens. Étant donné que les municipalités pourraient dorénavant demander un plein remboursement de la TPS payée sur ces biens, il est proposé de modifier la *Loi sur la taxe d'accise* afin que la revente de ces biens soit taxable peu importe l'utilisation que la municipalité en aura faite. On éviterait ainsi, par exemple, que des biens non taxés se retrouvent dans les mains d'une personne qui n'exploite pas d'activités commerciales (par exemple, un individu) parce qu'ils ont transité par une municipalité.

- Certaines fournitures de biens ou de services sont exonérées lorsque la contrepartie exigée pour ceux-ci n'excède pas le « coût direct » pour la municipalité. Afin d'éviter que des tiers puissent indirectement tirer avantage de cette nouvelle mesure de remboursement, il est proposé de modifier la *Loi sur la taxe d'accise* afin de rendre ce genre de fourniture taxable.
- La plupart des fournitures d'immeubles effectuées par les municipalités sont exonérées de la TPS, à moins d'avoir fait un choix pour les rendre taxables. Encore une fois, afin d'éviter que le nouveau remboursement de TPS puisse bénéficier indirectement à d'autres personnes que les municipalités, il est proposé d'éliminer les exonérations relatives aux immeubles fournis par les municipalités.

1.1.1.4. Comptabilité abrégée pour les municipalités

Il existe un règlement dans la *Loi sur la taxe d'accise* qui permet aux petites entreprises et aux organismes de services publics (ce qui inclut les municipalités) de calculer leur TPS à remettre selon des méthodes simplifiées. Le montant de TPS à verser est ainsi déterminé en fonction d'un pourcentage de leurs fournitures taxables effectuées. La méthode qui est applicable aux municipalités leur permet de ne pas avoir à tenir compte de la TPS payée sur leurs achats. Certaines exceptions à cette règle s'appliquent, par exemple pour les immobilisations et les immeubles.

Afin de considérer le nouveau remboursement intégral de la TPS, il est proposé de modifier les taux de versement de la TPS afin que le montant versé soit juste. Ainsi, les municipalités verront leur taux de versement augmenter entre 0,6 % et 0,8 % en fonction de la province où elles sont situées. Il est proposé que ces nouveaux taux de versement s'appliquent aux périodes de déclaration se terminant après janvier 2004.

1.1.1.5. Autres modifications

D'autres modifications sont également proposées, mais nous n'avons pas jugé bon d'en traiter de façon détaillée étant donné leur portée plus limitée ou leur caractère trop technique. Entre autres, des modifications seront apportées quant à la notion de « petit fournisseur » afin que les municipalités soient toutes tenues de percevoir et de remettre la TPS sur la vente de biens meubles en immobilisation. Également, des modifications sont proposées quant à la définition de « teneur en taxe » pour les municipalités. Ces modifications auraient pour but d'exclure de la teneur en taxe la TPS payable avant février 2004. Cette modification permettrait, par

exemple, de diminuer la TPS à remettre par une municipalité lorsque celle-ci réduit l'utilisation qu'elle fait d'une immobilisation dans le cadre de ses activités commerciales.

1.2. BUDGET DU QUÉBEC

Le ministre des Finances, M. Yves Séguin, a présenté son Budget du Québec 2004-2005 à l'Assemblée nationale le 30 mars dernier. Ce budget prévoit des mesures concernant les taxes à la consommation. Nous avons résumé certaines de ces mesures.

1.2.1. Détaxation des couches pour enfants et des articles d'allaitement

Le régime de la taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ ») sera modifié afin de détaxer la fourniture des couches et des culottes de propreté conçues spécialement pour les enfants ainsi que la fourniture des articles destinés à l'allaitement maternel ou à l'allaitement au biberon.

Le budget précise que l'expression « articles destinés à l'allaitement maternel » désignera les tire-lait et leurs composants, les compresses d'allaitement, les téterelles et autres objets semblables conçus spécialement pour l'allaitement au sein. Les soutiens-gorge d'allaitement seront également visés par cette expression, mais non les autres vêtements conçus aux fins de l'allaitement. Quant à l'expression « articles destinés à l'allaitement au biberon », elle désignera les biberons eux-mêmes et leurs composants, y compris les sacs jetables requis pour certains modèles.

Cette mesure de détaxation s'appliquera à l'égard d'une fourniture effectuée après le 30 mars 2004.

1.2.2. Exonération des services d'appels d'urgence 9-1-1 fournis au gouvernement ou à un organisme gouvernemental

Le régime de la TVQ prévoit l'exonération des services d'appels d'urgence 9-1-1 lorsque l'acquéreur est une municipalité, une commission ou un autre organisme établi par une municipalité. Ce régime sera modifié pour prévoir que les services d'urgence 9-1-1 sont également exonérés s'ils sont fournis à un gouvernement, à une commission ou à un autre organisme établi par celui-ci. Cette mesure a pour but d'atteindre le même résultat dans le régime de la TVQ que dans celui de la TPS.

Cette modification s'appliquera à l'égard des services d'appels d'urgence 9-1-1 fournis après le 30 mars 2004.

1.2.3. Précision concernant l'exonération des services municipaux de transport

À la suite de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Commission scolaire des Chênes c. La Reine*², le gouvernement du Québec a procédé à une révision des dispositions du régime de la TVQ afin que la portée très large donnée par la Cour dans cette affaire à la notion de contrepartie ne compromette pas sa politique fiscale en matière d'exonération.

On se souvient que la Cour avait conclu, dans ce jugement, que les montants versés par le gouvernement du Québec aux administrations scolaires pour le financement des services de transport scolaire ne constituaient pas une subvention, mais plutôt une contrepartie payée par le gouvernement pour acquérir ces services. En étant ainsi considérés comme fournis au gouvernement et non aux élèves, les services de transport scolaire devenaient taxables, ce qui allait à l'encontre de la politique fiscale établie par le gouvernement du Québec.

Ainsi, il ressort de cet examen qu'une des dispositions d'exonération du régime de la TVQ requiert une précision. Les services municipaux de transport fournis par les commissions de transport sont exonérés dans le régime de la TVQ. Les commissions de transport n'ont donc droit à aucun remboursement de la TVQ payée à l'égard des intrants acquis pour fournir ces services. Afin d'éviter que soit exonérée la fourniture de tels services effectuée autrement que directement au public, notamment à une commission de transport dans un contexte de sous-traitance, il a été annoncé en avril 1996 que la disposition prévoyant cette exonération serait modifiée pour préciser l'acquéreur des services municipaux de transport.

Or, puisque les commissions de transport sont susceptibles de recevoir de l'aide financière gouvernementale pour les services municipaux de transport qu'elles fournissent, la modification annoncée en 1996 pour préciser l'acquéreur de la fourniture exonérée de services municipaux de transport pourrait conduire à un résultat contraire à la politique fiscale établie par le gouvernement si l'on considère les conclusions de la Cour dans l'affaire *Commission scolaire des Chênes*.

² [2001] C.A.F. 264 (ci-après « *Commission scolaire des Chênes* »).

Ainsi, le régime de la TVQ sera modifié pour préciser que la fourniture de services municipaux de transport est également exonérée dans le cas où elle est effectuée au gouvernement ou à un organisme gouvernemental exempté du paiement de cette taxe. La modification s'appliquera à l'égard d'une fourniture dont la totalité de la contrepartie devient due après le 23 avril 1996 ou est payée après cette date sans qu'elle soit devenue due.

1.2.4. Simplification du régime de la taxe sur les primes d'assurance

Certaines règles du régime de la taxe sur les primes d'assurance (ci-après « TPA ») seront modifiées afin d'éliminer ou de réduire les obligations imposées aux entreprises de ce secteur d'activité tout en favorisant une meilleure administration de la TPA.

Ainsi, de façon générale, les modifications qui seront apportées sont les suivantes :

- instauration d'un choix de fréquence annuelle ou trimestrielle pour la déclaration de la taxe de certains inscrits. Cette modification va permettre à près de 55 % des mandataires du régime de la TPA de réduire leur fréquence de déclaration;
- suppression de l'obligation des agents de voyages de remettre la taxe perçue. Quelque 400 agents de voyages verront donc leur fardeau administratif allégé puisqu'ils n'auront plus à être inscrits et à produire des déclarations de la TPA à Revenu Québec;
- abolition de la présomption relative à la partie assurance individuelle de personnes accessoire dans un contrat mixte d'assurance;
- remboursement de la taxe par la personne l'ayant perçue en trop. Cette modification permettra à une personne ayant perçu un montant de taxe en trop de rembourser la personne l'ayant payé, et ce, même en l'absence d'un remboursement de prime.

Ces modifications sont entrées en vigueur à différentes dates s'échelonnant du 31 mars au 1^{er} juin 2004.

2. ADMINISTRATION FISCALE

2.1. UN NOUVEL IDENTIFIANT POUR LA TPS/TVH

Depuis avril 2004, Revenu Québec a changé l'identifiant de la TPS et de la TVH utilisé au Québec afin de s'harmoniser avec le numéro d'entreprise en vigueur à l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »). Ce changement est nécessaire pour permettre à Revenu Québec d'assurer une meilleure gestion de la TPS/TVH en sol québécois.

Les mandataires devront utiliser ce nouveau numéro dès que Revenu Québec l'aura transmis. En fait, Revenu Québec indiquera ce nouveau numéro sur les différents formulaires de déclaration.

À cet effet, le numéro de TPS/TVH à neuf positions qu'utilise actuellement Revenu Québec est remplacé par le numéro de 15 positions utilisé par l'ARC, soit une série de 9 chiffres, suivis des lettres RT et de 4 chiffres. Ce numéro prendra la forme suivante : 99999 9999 RT9999. Pour la majorité des entreprises, les neuf premières positions sont identiques à celles du numéro de TPS/TVH actuellement utilisé. Par contre, pour les succursales des entreprises, les neuf premières positions correspondent au numéro d'entreprise utilisé à l'ARC pour le siège social de ces entreprises.

Les mandataires devront donc voir à adapter graduellement leurs systèmes informatiques et leurs fournitures de bureau, notamment leurs factures. Cependant, Revenu Québec permet aux mandataires d'écouler leurs stocks jusqu'en septembre 2005 et d'attendre de connaître leur nouveau numéro avant de le renouveler.

2.2. L'INDUSTRIE DU VÊTEMENT

En 1994, le gouvernement du Québec a fait part de son intention de faire échec à l'évasion fiscale et au travail au noir sous toutes ses formes. En mai 1996, le Plan de lutte contre l'évasion fiscale et le travail au noir a été annoncé par le ministère des Finances. C'est en 1996 que Revenu Québec a déposé son plan stratégique visant à favoriser un meilleur respect des lois fiscales.

Son intervention dans l'industrie du vêtement a pour mission de rétablir un climat de saine concurrence et d'assurer un meilleur respect des lois fiscales dans cette industrie. De nouvelles mesures fiscales ont été mises en application.

La première mesure oblige toute entreprise du secteur de la fabrication du vêtement inscrite au fichier de la TVQ, à l'exclusion de celles du secteur des chaussures et des bijoux, à produire mensuellement sa déclaration de TVQ.

La seconde mesure établit l'obligation pour ces entreprises de produire, avec leur déclaration mensuelle de TVQ, le nouveau formulaire *Déclaration de renseignements – Industrie de la fabrication du vêtement* (VDZ-350.49). Les entreprises doivent y indiquer certaines coordonnées de leurs sous-traitants ainsi que les montants des contrats qu'elle leur a accordés. Ainsi, si l'entreprise ne produit pas les renseignements requis, elle ne pourra pas demander un remboursement de la taxe sur les intrants (ci-après « RTI ») pour un montant non déclaré ou pour lequel des renseignements n'ont pas été fournis.

Une pénalité de 25 \$ par jour de retard jusqu'à concurrence d'un montant maximal de 2 500 \$ est imposée à toute personne qui ne produit pas une déclaration de renseignements ou qui la produit tardivement. Une pénalité de 100 \$ est imposée lors de l'inscription d'un renseignement erroné ou pour l'omission de fournir un renseignement.

2.3. DIVULGATIONS VOLONTAIRES

Revenu Québec a de nouveau expliqué sa politique administrative concernant les divulgations volontaires, telle qu'énoncée dans le *Bulletin d'interprétation* ADM.4/R2³ émis le 31 mars 2004.

Cette politique est généralement harmonisée avec celle du fédéral. Dans le bulletin, on donne les grandes lignes du cadre qui est un peu plus précis, imposant par exemple un délai de 90 jours (à l'égard duquel on peut obtenir une « extension » selon les circonstances propres à chaque cas) pour dévoiler l'identité du contribuable visé.

Il y a quand même une différence majeure entre le Québec et le fédéral. En TVQ, en cas d'opérations sans effet fiscal, il est encore possible d'effectuer une divulgation volontaire sans qu'il y ait obligation de paiement de la TVQ (accompagné habituellement d'une refacturation équivalente) par le contribuable/fournisseur qui serait autrement cotisé.

³ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* ADM.4/R2, « Divulgence volontaire », 31 mars 2004.

Cette politique avait d'ailleurs été longtemps en vigueur en TPS et TVQ, mais à cause de l'ARC, elle ne s'applique plus que pour la TVQ.

De façon générale, on peut dire que la politique de Revenu Québec de même que son application de cette politique se comparent avantageusement à ce que l'on voit au fédéral, dans les autres provinces, et dans plusieurs États américains. Bien qu'il soit impossible d'en mesurer les effets de façon précise et scientifique, il n'y a pas de doute que cela favorise la conformité fiscale à court, moyen et long termes, et permet d'augmenter les recettes fiscales du fisc québécois.

2.4. PRESCRIPTION APPLICABLE AUX CRÉANCES FISCALES

De façon générale, le délai de prescription applicable aux créances fiscales québécoises a été prorogé. Il est maintenant de 10 ans, et ce, pour les créances devenues exigibles depuis le 30 mars 2004 (annonce du budget). Au fédéral, un délai de 10 ans a également été annoncé le 4 mars 2004. Ces changements découlent d'une décision de la Cour suprême qui avait confirmé un délai de six ans (arrêt *Markevitch c. La Reine*⁴).

3. EXIGENCE DOCUMENTAIRE

De façon générale, afin qu'une personne inscrite aux fins de la TPS et de la TVQ puisse demander un CTI et/ou un RTI, elle doit obtenir des renseignements suffisants à l'appui de sa réclamation. En particulier, l'alinéa 169(4)a) L.T.A et l'article 3 du *Règlement sur les renseignements nécessaires à une demande de crédit de taxe sur les intrants*⁵ prévoient les conditions suivantes à l'égard de la réclamation d'un CTI :

« 169(4) L'inscrit peut demander un crédit de taxe sur les intrants pour une période de déclaration si, avant de produire la déclaration à cette fin :

a) il obtient les renseignements suffisants pour établir le montant du crédit, y compris les renseignements visés par règlement;

b) dans le cas où le crédit se rapporte à un bien ou un service qui lui est fourni dans des circonstances où il est tenu d'indiquer la taxe payable relativement à la fourniture dans une déclaration présentée au ministre aux termes de la présente partie, il indique la taxe dans une déclaration produite aux termes de la présente partie.

⁴ [2003] 1 R.C.S. 125.

⁵ DORS/91-45, 18 décembre 1990 et mod.

[...]

3. Les renseignements visés à l'alinéa 169(4)a) de la Loi, sont les suivants :

a) lorsque le montant total payé ou payable, selon la pièce justificative, à l'égard d'une ou de plusieurs fournitures est de moins de 30 \$:

(i) le nom ou le nom commercial du fournisseur ou de l'intermédiaire,

(ii) si une facture a été remise pour la ou les fournitures, la date de cette facture,

(iii) si aucune facture n'a été remise pour la ou les fournitures, la date à laquelle il y a un montant de taxe payée ou payable sur celles-ci,

(iv) le montant total payé ou payable pour la ou les fournitures;

b) lorsque le montant total payé ou payable, selon la pièce justificative, à l'égard d'une ou de plusieurs fournitures est de 30 \$ ou plus et de moins de 150 \$:

(i) le nom ou le nom commercial du fournisseur ou de l'intermédiaire et le numéro d'inscription attribué, conformément au paragraphe 241(1) de la Loi, au fournisseur ou à l'intermédiaire, selon le cas,

(ii) les renseignements visés aux sous-alinéas a)(ii) à (iv),

(iii) dans le cas où la taxe payée ou payable n'est pas comprise dans le montant payé ou payable pour la ou les fournitures :

(A) ou bien, la taxe payée ou payable pour toutes les fournitures ou pour chacune d'elles,

(B) ou bien, si une taxe de vente provinciale est payable pour chaque fourniture taxable qui n'est pas une fourniture détaxée, mais ne l'est pas pour une fourniture exonérée ou une fourniture détaxée :

(I) soit le total de la taxe payée ou payable selon la section II de la partie IX de la Loi et de la taxe de vente provinciale payée ou payable pour chaque fourniture taxable, ainsi qu'une déclaration portant que le total pour chaque fourniture taxable comprend la taxe payée ou payable selon cette section,

(II) soit le total de la taxe payée ou payable selon la section II de la partie IX de la Loi et de la taxe de vente provinciale payée ou payable pour toutes les fournitures taxables, ainsi qu'une déclaration portant que ce total comprend la taxe payée ou payable selon cette section,

(iv) dans le cas où la taxe payée ou payable est comprise dans le montant payé ou payable pour la ou les fournitures et que l'une ou plusieurs de celles-ci sont des fournitures taxables qui ne sont pas des fournitures détaxées :

(A) une déclaration portant que la taxe est comprise dans le montant payé ou payable pour chaque fourniture taxable,

(B) le total (appelé "taux de taxe total" au présent alinéa) des taux auxquels la taxe a été payée ou était payable relativement à chacune des fournitures taxables qui n'est pas une fourniture détaxée,

(C) le montant payé ou payable pour chacune de ces fournitures ou le montant total payé ou payable pour l'ensemble de ces fournitures auxquelles s'applique le même taux de taxe total,

(v) dans le cas où deux fournitures ou plus appartiennent à différentes catégories, une mention de la catégorie de chaque fourniture taxable qui n'est pas une fourniture détaxée;

c) lorsque le montant total payé ou payable, selon la pièce justificative, à l'égard d'une ou de plusieurs fournitures est de 150 \$ ou plus :

(i) les renseignements visés aux alinéas a) et b),

(ii) soit le nom de l'acquéreur ou son nom commercial, soit le nom de son mandataire ou de son représentant autorisé,

(iii) les modalités de paiement,

(iv) une description suffisante pour identifier chaque fourniture. » (Notre soulignement)

Des dispositions similaires se retrouvent dans la *Loi sur la taxe de vente du Québec*⁶. Ainsi, en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, des exigences précises en matière de documentation et d'information doivent être respectées pour pouvoir demander un CTI et un RTI. Plus particulièrement, l'information prescrite qui doit figurer sur les pièces justificatives comprend généralement les numéros d'inscription du fournisseur aux fins de la TPS et de la TVQ.

La jurisprudence a été généralement constante sur la question de l'admissibilité à réclamer un CTI lorsque le numéro d'inscription du fournisseur n'apparaît pas sur la facture. Les tribunaux sont d'avis que le

⁶ L.R.Q., c. T-0.1 et mod. (ci-après « L.T.V.Q. »).

numéro d'inscription du fournisseur est un élément essentiel à une réclamation d'un CTI et par conséquent, en l'absence d'un tel numéro sur les pièces justificatives, la demande de CTI par l'acquéreur de la fourniture pourrait être rejetée par les autorités fiscales.

De plus, selon plusieurs décisions récentes des tribunaux, il semble que seul un numéro d'inscription valide satisfera aux exigences documentaires. Par conséquent, lorsqu'une entreprise ne valide pas systématiquement le numéro de TPS et de TVQ de tous ses fournisseurs, elle s'expose potentiellement à des cotisations. À la lumière des procédés de vérification de Revenu Québec et de sa politique très restrictive à cet égard, il serait utile pour toute entreprise de revoir ses politiques internes relatives à la validation régulière des numéros d'inscription de ses fournisseurs aux fins de la TPS et de la TVQ.

Présentement, une validation des numéros de TVQ peut s'effectuer sur le site Web de Revenu Québec à l'adresse suivante : <http://www.revenu.gouv.qc.ca>. La validation des numéros de TPS ne peut cependant pas s'effectuer électroniquement. On peut toutefois l'obtenir en appelant Revenu Québec.

4. COTISATION À L'ENCONTRE DE L'ACQUÉREUR

En vertu de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, l'acquéreur d'une fourniture est techniquement responsable du paiement de la TPS et TVQ applicables. Le fournisseur agit à titre de mandataire du gouvernement en percevant et remettant la taxe applicable.

En pratique, en cas de mauvaise application de la *Loi sur la taxe d'accise* et de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, c'est le fournisseur qui est habituellement cotisé. L'ARC et Revenu Québec soutiennent toutefois qu'ils ont le pouvoir de cotiser l'acheteur d'un bien ou d'un service, s'appuyant notamment sur la décision rendue dans l'affaire *Carlson & Associates Advertising Ltd. c. La Reine*⁷. Dans un énoncé⁸, l'ARC mentionne, à titre d'exemple, que ce pouvoir de cotiser l'acquéreur sera exercé dans le cas de faillite ou d'arrangement avec les créanciers afin de compenser un montant qui serait autrement dû au contribuable en difficultés financières.

⁷ [1997] T.C.J. n° 966 (ci-après « *Carlson* »).

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* P-112R, « Établissement d'une cotisation à l'égard de la taxe à payer si l'acheteur n'est pas solvable », 8 mars 2000.

Au dernier Symposium sur les taxes à la consommation de l'APFF (mai 2004⁹), Revenu Québec a donné un autre exemple, soit celui d'une grande entreprise qui acquiert les services d'une multitude de fournisseurs, procède à la facturation et au paiement des biens ou services (autofacturation), et qui prend la décision de considérer la fourniture acquise comme étant taxable, détaxée ou exonérée. Dans ce cas, si la taxe n'est pas payée au fournisseur, Revenu Québec a indiqué qu'il pourrait cotiser l'acquéreur pour les droits, intérêts et pénalités prévus par la loi, s'il estimait que les circonstances le justifient.

Le texte de Revenu Québec est silencieux concernant les réclamations de CTI et de RTI qui pourraient en découler, et en ce qui a trait au calcul des intérêts et pénalités, en particulier si les CTI/RTI viennent compenser la totalité de la taxe payable.

À tort ou à raison, et ce peu importe les décisions favorables ou défavorables des tribunaux, il est clair que l'on se dirige vers un monde où l'ARC et Revenu Québec veulent faire assumer des responsabilités additionnelles à l'acheteur. Il continue d'y avoir beaucoup de discussions concernant la documentation requise et l'impact d'un numéro d'inscription non valide et/ou non divulgué. De plus, dans un atelier du Symposium, la question de la responsabilité et surtout de la responsabilisation de l'acquéreur a été mise de l'avant, à des fins de discussion, afin d'explorer des pistes des solutions au problème des demandes de CTI et de RTI frauduleuses.

Par conséquent, à la lumière de ce courant, les entreprises qui font beaucoup d'autofacturation pourraient revoir les contrôles qu'ils ont en place concernant l'application de la TPS et de la TVQ.

Dans l'affaire *Airport Auto Ltd. c. La Reine*¹⁰, dont le jugement a été rendu en septembre 2003, la Cour canadienne de l'impôt a analysé la responsabilité de l'acquéreur d'un bien ou d'un service lorsque le fournisseur omet de remettre les taxes.

⁹ Serge BOUCHARD, Pierre E. RODRIGUE, Jacques BOISVERT, « Les sujets techniques de l'heure », dans *Symposium sur les taxes à la consommation 2004*, 143, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 1-75, aux pages 4-5.

¹⁰ Dossier n° 2001-2831 (GST)G, [2003] G.S.T.R. 3046 (C.C.I.).

Les faits sont relativement simples. L'appelante, Airport Auto Ltd. (ci-après « A ») exploite une entreprise d'achat et revente de véhicules usagés. Pendant la période visée, A achète des véhicules de Eagle Auto Sales Ltd. et Belair Auto Ltd. Ce duo de vendeurs (ci-après « V ») perçoit la TPS et l'inscrit sur les documents de vente en conformité avec les exigences de la *Loi sur la taxe d'accise*.

A paye les montants dus, y compris la taxe. Toutefois, durant la période visée, V ne produit pas ses déclarations de TPS et ne remet pas la TPS.

On s'attendrait alors à ce que l'ARC cotise V pour non-remise de taxes. Mais non, envers et contre tous, l'ARC émet plutôt un avis de cotisation à l'encontre de A.

La question, telle que présentée par la juge, est la suivante : l'acquéreur d'un bien qui paye ses taxes en bonne et due forme au fournisseur peut-il être obligé de remettre la taxe une deuxième fois si le fournisseur omet d'effectuer sa remise à l'ARC?

En vertu de l'article 165 L.T.A., l'acquéreur a l'obligation légale de payer la TPS. Cette taxe est perçue par le fournisseur à titre de mandataire du Ministre et l'obligation de remise est prévue aux articles 225 et 228 L.T.A.

S'il y a défaut de remise de taxe, le Ministre peut émettre un avis de cotisation. En outre, conformément à l'alinéa 296(1)b) L.T.A., le Ministre peut cotiser pour la taxe payable par une personne en application des sections II, IV ou IV.1 L.T.A.

On sait que, dans à peu près tous les cas, l'ARC émet ses avis de cotisation à l'encontre du fournisseur. Par contre, l'acheteur peut aussi être cotisé. C'est parfois le cas lorsqu'il y a non-paiement de la taxe parce qu'il y a faillite ou dans le cas d'arrangements avec les créanciers. D'ailleurs, dans l'arrêt *Carlson*, le droit de cotiser l'acheteur a été confirmé.

Il faut noter que dans la présente situation il n'y a aucune allusion de fraude ou de collusion.

L'ARC s'appuie plutôt sur le paragraphe 334(2) L.T.A., qui prévoit que le paiement ou le versement qu'une personne est tenue de faire en vertu de la loi n'est réputé effectué que le jour de sa réception par le Receveur général.

L'ARC prétend donc que tant que la TPS n'est pas reçue par le Receveur général, le vendeur et l'acheteur demeurent redevables de la taxe.

A rappelle que V agit à titre de mandataire du Ministre. Par conséquent, selon A, le paiement de la taxe au fournisseur est l'équivalent d'un paiement au Ministre, ce qui permet à l'acquéreur de se libérer de son obligation de paiement de la taxe.

La juge donna raison au contribuable. Elle confirma que le paiement à V était bel et bien un paiement de taxe exigé en vertu du paragraphe 165(1) L.T.A., et qu'il ne pouvait être l'objet d'une cotisation en vertu de l'alinéa 296(1)b) L.T.A.

La situation est différente de celle de l'affaire *Carlson* où l'acheteur fut cotisé pour une taxe qui n'avait pas été payée au fournisseur.

En outre, la juge n'accepta pas l'argument de l'ARC que le paragraphe 221(1) L.T.A. ne crée pas une « relation de mandat normale ». La juge croit plutôt que le mandat confié à V n'est pas différent d'un mandat typique et qu'en conséquence la remise de A à V équivaut à une remise de TPS au Ministre.

Cette décision est conforme à l'esprit de la loi. Il faut se rappeler que le fournisseur, qui agit à titre de mandataire du Ministère, a des obligations spécifiques de remise de taxe et que la *Loi sur la taxe d'accise* confère au Ministre tous les pouvoirs pour cotiser et récupérer cette taxe. Une fois que la taxe est payée par l'acquéreur, elle est détenue en fiducie par le fournisseur et le Ministre a alors un droit sur cette somme à titre de bénéficiaire désigné.

L'acquéreur a l'obligation légale de payer la taxe et ce paiement se fait au mandataire du Ministre. Le mandataire peut poursuivre l'acquéreur si ce dernier ne lui paye pas la taxe, et le Ministre a des recours contre le fournisseur si ce dernier ne se conforme pas à la *Loi sur la taxe d'accise*. Par contre, aucune disposition de la *Loi sur la taxe d'accise* n'accorde de recours à l'acquéreur à l'encontre du fournisseur qui ne respecte pas ses obligations.

Si l'on permettait au Ministre de cotiser l'acquéreur pour le forcer à payer la taxe une deuxième fois, il y aurait injustice assez évidente. Il faut donc saluer cette décision qui paraît des plus logique et déplorer que l'ARC ait ainsi tenté d'imposer un tel fardeau à l'acquéreur. D'ailleurs, la juge Campbell se permet de signaler que tout résultat contraire à celui qui découle de sa décision serait « grotesque ».

5. REMBOURSEMENT DE DÉPENSES

La deuxième révision du *Bulletin d'interprétation* TVQ.212-1¹¹ fut produite par Revenu Québec le 30 janvier 2004. Ce bulletin traite de la méthode simplifiée de calcul d'un RTI à l'égard d'un remboursement de dépenses.

Sommairement, lorsqu'un employé est remboursé par son employeur pour des dépenses qu'il a engagées dans le cadre des activités de ce dernier, les taxes payées par l'employé sont réputées avoir été payées par l'employeur. Ainsi, si l'employeur est un inscrit qui exerce des activités commerciales (c'est-à-dire la réalisation de fournitures taxables), il sera en mesure de demander des crédits sur intrants pour les taxes payées par l'employé.

Compte tenu de la lourdeur administrative à identifier précisément les taxes payées sur tous les reçus et factures produits avec les rapports de dépenses des employés, il existe des méthodes simplifiées de calcul des crédits sur intrants pour ces rapports de dépenses. Ces méthodes simplifiées existent aux fins de la TPS et de la TVQ. Étant donné les restrictions en TVQ imposées aux grandes entreprises, il est encore plus lourd de gérer la réclamation des RTI sur les comptes de dépenses. C'est pourquoi il existe deux méthodes simplifiées de calcul des RTI sur les comptes de dépenses, soit la méthode du « 7/107 » pour les petites et moyennes entreprises et la méthode du « 4,1 % » pour les grandes entreprises.

Le *Bulletin d'interprétation* TVQ.212-1/R2 traite de ces méthodes simplifiées en TVQ. La dernière révision apporte certaines modifications ou précisions quant à l'utilisation de ces méthodes simplifiées. En voici les principales :

- Un inscrit qui décide d'utiliser la méthode du 4,1 % doit l'utiliser à compter du début d'une période de déclaration et jusqu'à la fin de l'exercice financier comprenant cette période.
- Le 4,1 % peut être demandé sur des dépenses **engagées au Québec** et dont au moins 90 % sont des dépenses taxables **autres que détaxées**. Ainsi, si un rapport de dépenses comporte à la fois des dépenses

¹¹ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* TVQ.212-1/R2, « Méthodes simplifiées de calcul de remboursement de la taxe sur les intrants à l'égard d'un remboursement de dépenses », 30 janvier 2004.

engagées au Québec et hors Québec, il faut s'assurer de pouvoir les identifier séparément. Seules les dépenses engagées au Québec peuvent faire l'objet d'un RTI. De plus, ces dépenses doivent être au moins à 90 % taxables (autres que détaxées). Le calcul du 90 % taxable doit se faire pour **chacun des rapports de dépenses**. Une certaine planification pourrait donc être requise sur ce plan. Si le critère du 90 % n'est pas respecté, **aucun** RTI ne pourra être réclamé sur ce compte de dépenses. Il faut donc être vigilant car le 10 % de tolérance permis peut rapidement être atteint (par exemple, pourboires élevés).

- Dans le cas où, pour un déplacement donné, un inscrit rembourse des dépenses à son salarié et paie directement aux fournisseurs d'autres dépenses (par exemple, billets d'avion ou factures d'hôtel), l'inscrit qui utilise la méthode du 4,1 % devra également l'utiliser relativement à la réclamation des RTI pour les dépenses payées **directement aux fournisseurs**. Par ailleurs, si la dépense payée directement au fournisseur figure parmi les restrictions imposées aux grandes entreprises en TVQ (par exemple, repas ou location d'auto), l'inscrit ne pourra toujours pas réclamer de RTI relativement à cette dépense.
- Selon le Discours sur le budget du 12 juin 2003, les dépenses de repas, de boissons et de divertissements (« frais de représentation ») déductibles pour une année d'imposition seront désormais limitées à 1 % du chiffre d'affaires de la personne. Aux fins de la TVQ, un inscrit ne pourra réclamer de RTI pour les frais de représentation qui ne seront pas déductibles, sauf si la personne utilise la méthode du 4,1 %.

6. AUTRES SUJETS TECHNIQUES DE L'HEURE

6.1. TAXE PAYÉE PAR ERREUR ET CTI/RTI

Un inscrit peut payer la TPS et la TVQ par erreur (par exemple à l'égard d'une fourniture détaxée) et la réclamer comme CTI et RTI.

On sait qu'une telle taxe pourrait être réclamée comme remboursement pour taxe payée par erreur en produisant la demande et le formulaire (FP-189 et VD-403) prévus à cet effet. Il y a généralement un délai de deux ans pour récupérer ainsi une taxe payée par erreur.

Mais qu'arrive-t-il si cette taxe a plutôt été réclamée comme CTI/RTI dans les déclarations usuelles de TPS/TVQ?

Au Symposium sur les taxes à la consommation de l'APFF (mai 2004¹²), Revenu Québec a confirmé que les articles 296 L.T.A. et 30.5 de la *Loi sur le ministère du Revenu*¹³ faisaient en sorte qu'une telle réclamation serait accordée dans le cadre d'une vérification. Il faut toutefois que les conditions des articles 261 L.T.A. et 401 L.T.V.Q. soient respectées, en particulier le délai de réclamation de deux ans.

On sait qu'en vertu des articles susmentionnés, à certaines conditions, le Ministre est obligé de compenser la TPS et la TVQ cotisées par les remboursements auxquels le contribuable pourrait avoir droit pour la période cotisée.

6.2. PRODUCTION DE BIENS UTILISÉS DANS DES CONTRATS SUR IMMEUBLE

En vertu des règles actuelles, la TVQ applicable sur les coûts d'énergie ne peut être récupérée que dans la mesure où cette énergie sert à alimenter de l'équipement de production servant à fabriquer des biens meubles destinés à la vente.

Ainsi, en général, un fabricant de biens meubles corporels réclame la TVQ sur ses coûts de l'énergie qui sert à alimenter son équipement de production. Plusieurs règles et particularités peuvent s'appliquer.

Quand un inscrit utilise un bien fabriqué dans le cadre d'un contrat sur immeuble (par exemple, du bois, des poutrelles, du béton, des matériaux, etc.), comme il considère que les biens fabriqués ne sont pas destinés à la vente à titre de biens meubles mais qu'ils sont « utilisés » par l'entrepreneur de par leur incorporation à un immeuble, Revenu Québec considère qu'il n'y a pas de récupération possible de la TVQ applicable sur l'énergie afférente à la production de ces matériaux. D'un point de vue conceptuel, cette politique est d'ailleurs semblable à celle généralement applicable aux fins des taxes de vente provinciales qui répute l'entrepreneur comme étant le consommateur ou l'utilisateur des biens incorporés à un immeuble.

Le 18 mars 2004, une décision de la Cour d'appel (*Les Constructions Beauce-Atlas inc. c. SMRQ*¹⁴) est toutefois venue infirmer cette politique.

¹² S. BOUCHARD, P. E. RODRIGUE, J. BOISVERT, *loc. cit.*, note 9, 13-16.

¹³ L.R.Q., c. M-31 et mod.

¹⁴ C.A. Montréal, n° 500-09-012447-025, 18 mars 2004 (ci-après « *Beauce-Atlas* »).

Dans l'affaire *Beauce-Atlas*, les RTI ont été accordés pour l'énergie utilisée à la production de poutres utilisées dans la construction d'une charpente d'immeuble. On a donc accordé un RTI pour la production de matériaux incorporés à un immeuble. La Cour a soutenu que les poutres étaient destinées à la vente et qu'en accordant les RTI, elle évitait un problème de double imposition.

Au Symposium sur les taxes à la consommation (mai 2004¹⁵), Revenu Québec a indiqué qu'il avait présenté une requête pour autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada. De plus, Revenu Québec refusera les demandes de RTI présentées sur la base de ce jugement.

Les contribuables affectés ont donc une décision d'affaires à prendre, sachant que la décision de la Cour suprême, si décision il y a, pourrait ne pas être rendue avant un bon bout de temps.

6.3. MAUVAISES CRÉANCES

En vertu du paragraphe 231(1) L.T.A. et de l'article 444 L.T.V.Q., un fournisseur peut déduire, au moment de déterminer sa taxe nette, un montant au titre de mauvaise créance. De plus, conformément au paragraphe 231(3) L.T.A. et à l'article 446 L.T.V.Q., ce fournisseur doit rajuster sa taxe nette s'il recouvre la totalité ou une partie d'une mauvaise créance à l'égard de laquelle il a déduit un montant en vertu des articles précédents.

Dans certains cas, il arrive qu'un fournisseur intente des procédures judiciaires afin de recouvrer une créance impayée. Dans ce contexte, il arrive que Revenu Québec refuse de reconnaître cette créance comme une mauvaise créance, tant que les procédures n'ont pas été menées à terme, et ce, même si le fournisseur a radié sa créance sur le plan comptable. Cette situation soulève plusieurs interrogations de la part des fournisseurs quant aux règles appliquées par Revenu Québec relativement aux mauvaises créances. Dans le cadre du Symposium, Revenu Québec a indiqué qu'il clarifierait la situation et qu'il présentera prochainement sa position à l'égard de cette question.

¹⁵ S. BOUCHARD, P. E. RODRIGUE, J. BOISVERT, *loc. cit.*, note 9, 24-26.

6.4. ÉBAUCHE DE L'ÉNONCÉ DE POLITIQUE P-051R2

Le 8 septembre 2004, l'ARC a publié un projet d'énoncé de politique révisé¹⁶. Toute entreprise non résidente qui vend ou loue des biens au Canada aurait intérêt à revoir ce projet d'énoncé.

On a retiré les commentaires qui faisaient référence aux deux critères principaux (lieu de conclusion de contrat, endroit où se déroulent les opérations qui génèrent les profits) utilisés pour déterminer s'il y a exploitation d'une entreprise au Canada. On retient l'approche, également utilisée pour le commerce électronique, selon laquelle il faut considérer un ensemble de facteurs sans mettre l'accent sur des critères prédéterminés.

Par contre, on interprète très librement la notion d'exploitation d'entreprise au Canada. Le degré d'attache ou de présence au Canada requis pour être visé par l'obligation d'inscription semble très faible, et surtout plus faible qu'auparavant. Par exemple, le fait de garder des inventaires au Canada, qui en soi ne constitue pas un établissement stable, aide l'ARC à conclure qu'il y a exploitation d'une entreprise au Canada. Dans le domaine de la location, un achat aux fins de location d'un bien qui est déjà au Canada peut être suffisant pour causer une présence suffisante au Canada.

En général, les positions de ce projet d'énoncé sont surprenantes et représentent même dans certains cas des changements importants de politique. Nul doute que certaines prises de position seront remises en question, de sorte qu'il sera intéressant de voir la version finale de cet énoncé de politique.

CONCLUSION

Cet article a traité de façon générale certains développements récents en matière de taxes à la consommation. Cependant, il serait important d'analyser les modifications apportées aux différentes lois, les documents publics publiés par les autorités fiscales ainsi que les décisions des tribunaux afin de déterminer leur impact à l'égard d'une situation bien précise.

¹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Énoncé de politique* P-051R2, « Exploitation d'une entreprise au Canada », Ébauche, 8 septembre 2004.

LA FIDUCIE EST-ELLE À TOUTE ÉPREUVE?



Lynne Kassie

Avocate

Robinson Sheppard Shapiro, s.e.n.c. S.E.N.C.R.L.

En collaboration avec Karen Kear-Jodoin,

Francine Nantel, Kimberly Wenger et

Dominique McCaughey

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	36:3
1. L'INTERPRÉTATION ET LA DÉFINITION DES FIDUCIES AINSI QUE LES DROITS PROVENANT DES FIDUCIES	36:4
1.1. MÉTHODE D'ÉVALUATION.....	36:9
1.2. DISTINCTION ENTRE LES RÉGIMES MATRIMONIAUX DE DROIT CIVIL ET LA COMMON LAW.....	36:10
2. QUESTIONS RELATIVES AU DROIT DE LA FAMILLE ET AUX FIDUCIES	36:13
2.1. LES DROITS PROVENANT D'UNE FIDUCIE SONT-ILS DIVISIBLES LORS DU DIVORCE?.....	36:13

2.1.1.	Ontario	36:13
2.1.2.	Colombie-Britannique.....	36:17
2.1.3.	Québec	36:20
2.1.4.	L'expérience américaine.....	36:22
3.	EST-CE QU'UN ÉPOUX PEUT INTENTIONNELLEMENT ÉCHAPPER AU PARTAGE DU PATRIMOINE FAMILIAL OU DES ACTIFS MATRIMONIAUX EN PLAÇANT SES ACTIFS DANS UNE FIDUCIE?	36:24
4.	EST-CE QUE LES REVENUS D'UNE FIDUCIE DEVRAIENT ÊTRE INCLUS COMME ÉTANT UN REVENU POUR LE BÉNÉFICIAIRE DE LA FIDUCIE DANS LA FIXATION DE LA PENSION ALIMENTAIRE POUR ENFANTS OU POUR L'ÉPOUSE?	36:25
5.	QUAND UN ÉPOUX NE RETIRE AUCUN INTÉRÊT D'UNE FIDUCIE MAIS QU'IL EST DÉSIGNÉ PLUTÔT COMME FIDUCIAIRE, PROTECTEUR OU GARDIEN AYANT LE DROIT D'UTILISER LES ACTIFS DE LA FIDUCIE À SON BÉNÉFICE OU DE RECEVOIR UNE COMPENSATION RELATIVE À L'ADMINISTRATION DE CETTE FIDUCIE, COMMENT DÉTERMINER LES REVENUS DE CET ÉPOUX? QUELLE CONSIDÉRATION DEVRAIT-ON DONNER À L'UTILISATION DES ACTIFS DE LA FIDUCIE?	36:27
	CONCLUSION	36:30

INTRODUCTION

Jadis, le concept de la common law nommé « *trust* » était étranger au droit québécois. Cependant, en 1994, le Québec, inspiré de ses homologues de la common law, a promulgué une loi qui permettait la création de fiducies.

Depuis cette date, l'utilisation des fiducies a connu une forte croissance et est devenue un véhicule très populaire à des fins aussi bien commerciales que personnelles, incluant la protection d'actif successorale, sans oublier tout ce qui a trait à la planification fiscale. Dans le contexte fiscal, la fiducie est un outil très populaire et extrêmement efficace pour protéger les entreprises ou encore les revenus d'investissement. Tel que le stipule Guy Fortin :

« The trust is probably the most flexible institution of the common law, and so is the trust in Quebec civil law. Each of these institutions offers the possibility of transferring property for the benefit of third persons, who are not granted ownership of the property, and, at the same time, the possibility of subjecting this property to the administration and control of the settlor or of another person. These two features offer possibilities often desirable in the planning of financial structures and the management of large estates¹. »

Par contre, dans le contexte du droit de la famille, la fiducie n'offre pas nécessairement la même protection. Bien qu'il soit exact qu'en vertu du *Code civil du Québec*² les actifs appartenant à une fiducie font partie d'un patrimoine distinct, les droits qui découleront d'une telle fiducie pourront faire partie de circonstances d'ordre économique qu'un tribunal considérera dans le but de calculer la pension alimentaire pour l'épouse ainsi que la pension alimentaire pour enfants³. Les avocats de toutes les juridictions spécialisés en droit de la famille sont de plus en plus appelés à réfléchir à cette question reliée aux effets que peuvent créer les fiducies sur des questions comme la séparation de biens et la détermination de la pension alimentaire pour l'épouse ainsi que pour les enfants. Il y a aussi les questions subsidiaires à considérer, telles que l'utilisation que fera le tribunal de la

¹ Guy, FORTIN, « How the Province of Quebec Absorbs The Concept of The Trust », (1998), 18 *Estates, Trusts + Pensions Journal* 285-286.

² L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 1260, 1261, 1265.

³ Voir la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), 2^e supp., c. 3, par. 15(6), « à favoriser dans la mesure du possible », ainsi que les *Lignes directrices fédérales pour les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175 (1997) BIGAZ CAN., PARTIE 11, 1031 (ci-après « *Lignes directrices* »), par. 19(1) « attribution de revenu ».

fiducie comme source de revenu pour la pension alimentaire pour enfants, ainsi que l'évaluation de la capacité du débiteur d'avoir accès aux actifs de la fiducie afin de répondre à des obligations alimentaires. Ce texte traite d'abord de la jurisprudence pertinente et principalement des questions suivantes :

- a) les droits découlant d'une fiducie sont-ils divisibles lors de la dissolution du mariage?
- b) un époux peut-il protéger ses actifs d'une division du patrimoine familial ou les actifs conjugaux en les plaçant dans une fiducie?
- c) est-ce que les revenus provenant d'actifs placés dans une fiducie doivent être imputés comme revenus du bénéficiaire ou du payeur pour la détermination de la pension alimentaire pour enfants ou la pension alimentaire pour l'épouse?
- d) lorsqu'un époux n'a pas de droit direct dans une fiducie mais qu'il est désigné comme fiduciaire, protecteur ou gardien ayant le droit d'utiliser la fiducie de manière raisonnable à son bénéfice ou pouvant recevoir compensation pour administrer la fiducie, comment pouvons-nous déterminer alors le revenu de l'époux? Quelle considération devra être donnée à l'utilisation des actifs de la fiducie?

Ce document est divisé en trois parties. Premièrement, nous allons caractériser et définir différents types de fiducies tout en les distinguant selon les régimes du droit de la famille qui émanent de la common law et du droit civil. Par la suite, nous allons nous pencher sur les quatre questions touchant le droit de la famille, mentionnées plus haut, tant en droit civil québécois qu'en common law. Finalement, nous allons conclure par des facteurs et suggestions susceptibles d'aider les juristes qui pratiquent en droit des successions, en droit fiscal ou en droit de la famille.

1. L'INTERPRÉTATION ET LA DÉFINITION DES FIDUCIES AINSI QUE LES DROITS PROVENANT DES FIDUCIES

Au Québec, c'est en 1994 que le législateur a introduit et promulgué officiellement la notion de fiducie dans le contexte de droit civil. L'inclusion de l'institution judiciaire de fiducie dans le nouveau *Code civil du Québec* fut comparée par plusieurs commentateurs comme étant à peu près

l'équivalent de la fiducie expresse⁴ (celle créée de façon intentionnelle par le constituant) dans un régime de la common law.

Tel que stipule Claxton :

« [...] the Quebec trust, cast as an institution of the civil law, is an excellent parallel to the institution of the express trust of the common law. The trustee under the later derives his powers respecting the trust property from his legal estate, legal title and his real right in the trust assets, the whole restricted by the law of trusts to the requirement and restraints of the actual trust. Under the former the trustee derives his powers respecting the trust property (to which he holds title, but no real right) from an express legal grant of powers equal to those of an owner, but restricted to the requirements and restraints of the actual trust. Properly understood the Quebec institution of the trust should take its place beside the common law institution of the express trust. It should do so in cross-border situations with equal effects⁵. »

Les sources législatives des fiducies dans le droit québécois sont dérivées des 28 articles du *Code civil du Québec* ainsi que de la troisième partie de la *Loi sur les compagnies*⁶ et des dispositions équivalentes dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁷.

L'article 1260 C.c.Q. stipule qu'une fiducie est créée lorsque le constituant transfère la propriété de son patrimoine à un autre patrimoine attribué à un but particulier que le fiduciaire entreprend, par son accord, de garder et d'administrer.

Aux termes du droit civil, la fiducie se conçoit comme un patrimoine distinct. À cet effet, l'article 1261 C.c.Q. stipule ce qui suit :

« Le patrimoine fiduciaire, formé des actifs transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droits réels [...]. »

Or, selon le *Code civil du Québec*, c'est le constituant qui transfère la propriété de son propre patrimoine vers un autre patrimoine qu'il crée lui-

⁴ John B. CLAXTON, « Language of the Law of Trusts », (2002), 62(2) *Revue du Barreau* 277-317.

⁵ *Id.*

⁶ L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C. »).

⁷ L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »).

même. Le patrimoine de la fiducie est donc créé par l'expression de l'intention du constituant qui est la base sur laquelle la propriété est réassignée. Tel que l'explique Guy Fortin, « the property is thereby separated from the respective patrimonies of settlor, the trustee who manages the trust and the beneficiary who receives the benefits of the trust »⁸. Une fois que la propriété a été transférée à la fiducie, le constituant n'a plus le contrôle sur ce qui peut en advenir.

Le fiduciaire est sans aucun doute l'acteur le plus important de la fiducie. Le constituant ou le bénéficiaire peut être un fiduciaire mais, si tel est le cas, le fiduciaire doit agir en tout temps avec un autre fiduciaire qui n'est ni le constituant ni le bénéficiaire. Le fiduciaire est responsable de l'administration et de l'assignation de l'actif ainsi que de l'administration du patrimoine de la fiducie⁹. Le fiduciaire « must preserve the property and make it productive, increase the patrimony or appropriate it to a purpose, where the interest of the beneficiary or the pursuit of the purpose of the trust so requires »¹⁰.

Le bénéficiaire a le droit selon l'acte constitutif de contraindre la prestation du bénéfice qui lui est attribué, soit le paiement de revenus ou de capital ou l'un et l'autre, d'après ce qui est précisé dans l'acte de fiducie.

Guy Fortin explique que la situation judiciaire du bénéficiaire varie selon le type de fiducie qui est constituée. Par exemple :

« In a personal trust, the beneficiary's right of intervention is limited to a right to claim what the constituting act has granted him or her (life interest limited to the income or full ownership of the property or capital). In conjunction with this limited right, the beneficiary does not, in principle, assume any liability with respect to the creditors of the settlor or of the trustee acting ex officio [...]. »

In a discretionary trust, either private or personal, the juridical situation of the persons who may be designated as beneficiaries is more precarious. They are only potential beneficiaries, given that their designation as beneficiaries depends on the choice of the trustee – a situation which is uncertain [...]»¹¹.

⁸ G. FORTIN, *loc. cit.*, note 1, 293.

⁹ Voir article 1265 C.c.Q.

¹⁰ G. FORTIN, *loc. cit.*, note 1, 295.

¹¹ *Id.*, 297-298.

On devrait par contre savoir que les objectifs d'une fiducie en droit civil québécois sont les mêmes que dans les autres juridictions. Il s'agit, en premier lieu, de protéger les actifs du fiduciaire, en deuxième lieu, d'assurer une sécurité financière aux bénéficiaires et, enfin, de permettre à la plus-value d'actif d'être transférée à la fiducie pour être réalisée par le bénéficiaire¹².

En effet, tel que le stipule le professeur J.E.C. Brierley :

« [...] the act constituting the trust may be onerous or gratuitous, inter vivos or mortis causa, unilateral or bilateral or even multilateral, by particular or general or universal title, by a written or oral act, and to all of which characterizations there is superadded its own typology as a "personal" or "private" or "social" trust (arts. 1266-1270 C.C.Q.). The act creating the trust, unlike any other heretofore known, thus touches upon all modes of voluntarily created patrimonial relations (even beyond in so far as trusts may arise juridically when authorized by law)¹³. »

Parmi les différents types de fiducies, il y en a deux qui sont d'intérêt particulier dans un contexte du droit de la famille. Il s'agit de la fiducie fixe et de la fiducie discrétionnaire.

La fiducie fixe est caractérisée par une stipulation du constituant qui précise les sujets de la fiducie ainsi que leurs droits (soit concrètement ou en dressant une formule mathématique pour en arriver à un résultat concret). Le constituant dit au fiduciaire qui payer, combien payer et quand payer.

Alors qu'avec une fiducie discrétionnaire le constituant prévoit que le fiduciaire peut exercer une discrétion et faire ses propres choix quant à qui sera payé, combien sera payé et quand il sera payé. Tel qu'il est expliqué par Simon Gardner, la discrétion des fiduciaires est généralement divisée en décisions administratives et dispositives :

« Dispositive discretions are intended to allow a structuring or restructuring of the beneficiaries' interests, whilst administrative discretions are not. The significance of the distinction is that (it follows) trustees with an administrative

¹² Dominique LAFLEUR, « Planification personnelle et successorale : quelques problèmes d'interaction entre le *Code civil du Québec* et la planification fiscale », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, pp. 23:1-39.

¹³ John E. C. BRIERLEY, « The Gratuitous Trust: a New Liberality in Quebec Law », dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, pp. 119-122.

discretion must exercise it even handedly as between the beneficiaries: whereas trustees given a dispositive discretion are on the contrary expected to make the sort of choices, which will often involve favouring one possible object at the expense of another, that a settlor would otherwise make¹⁴. »

Dans une fiducie discrétionnaire, le constituant définit une classe de personnes comme, par exemple, des membres de la famille ou les employés d'une compagnie et stipule que les actifs disponibles devront être distribués aux divers membres de cette classe, mais il laissera aux fiduciaires le choix de décider de ce que chaque individu recevra¹⁵.

Il y a une distinction à faire entre une fiducie discrétionnaire, où le fiduciaire jouit de la discrétion de prendre toute décision concernant la fiducie et son patrimoine, mais où il n'est pas bénéficiaire, et la situation où le fiduciaire jouit de la discrétion et où il est bénéficiaire de la fiducie. Cette distinction devient importante dans un contexte du droit de la famille, notamment, lorsqu'un tribunal doit évaluer les revenus et les actifs d'une personne qui est simplement fiduciaire ou d'une personne qui est à la fois fiduciaire et bénéficiaire, ou encore lorsque cette dernière est simplement bénéficiaire.

Donc, l'objectif de la fiducie et les intentions de son constituant sont des facteurs très importants à considérer. Par exemple, le tribunal pourra traiter de revenus et d'actif d'une fiducie de façon différente. Dans un premier cas, l'analyse sera différente pour une fiducie qui est créée par un parent de l'époux (tel qu'un grand-parent) malgré le fait que l'époux soit à la fois fiduciaire et bénéficiaire. Deuxièmement, le résultat de l'analyse divergera, si la fiducie est créée par l'époux pour des raisons fiscales et pour protéger ses actifs. Ou encore, une autre analyse s'impose lorsque l'époux est à la fois fiduciaire et bénéficiaire. Dans ce dernier cas, le tribunal sera plus hâtif à percer le « voile de la fiducie » et à inclure les actifs de la fiducie dans « l'actif familial » des parties. Dans l'exemple précédent, le tribunal pourra traiter des actifs de la fiducie comme s'ils appartenaient au mari puisque ces derniers seront enregistrés généralement au nom de l'époux si le véhicule fiduciaire n'existe pas. On pourra certes argumenter sur le fait que ce n'est pas une situation équitable de protéger des actifs qui sont normalement assujettis à une division entre époux advenant un divorce en les plaçant dans une fiducie même si ce n'était pas l'intention première de l'époux.

¹⁴ Simon GARDNER, *An Introduction to the Law of Trust*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 197.

¹⁵ *Id.*, p. 189.

Le gel successoral est un autre véhicule important pour une planification fiscale efficace qui peut modifier la division de l'actif et le calcul de revenus dans un contexte du droit de la famille. Même s'il y a différentes formes de gels successoraux, celui qui est particulièrement intéressant à analyser dans le cas présent est celui où la fiducie discrétionnaire détient des actions ordinaires au bénéfice des enfants et des petits-enfants.

Le gel successoral est un outil :

« which allows future corporate growth to be devolved with minimal, if any, immediate income tax consequences, to the next generation of a family (or other successors) while at the same time fixing (or freezing) the older generation's wealth »¹⁶.

Il n'y a aucun impact fiscal sur le revenu (ou, s'il y en a un, il est très minime).

Quant à l'attrait du gel successoral continu, Stephen Grant énonce ce qui suit :

« This allows the older generation to reap their financial rewards before they "shuffle off this mortal coil" and for the younger generation to continue to enjoy whatever practical advice the progenitor has to offer before the onset of senility¹⁷. »

Karen Bales ajoute que :

« an estate freeze may involve restructuring a holding company so that original shares are converted to a new class of shares, or exchanged for shares in another corporation where the attributes of the shares are varied to provide for different benefits »¹⁸.

1.1. MÉTHODE D'ÉVALUATION

Si un tribunal détermine que l'actif d'une fiducie est en effet « un actif partageable » et, donc, assujetti à division lors du divorce, la question du

¹⁶ Stephen GRANT, « Estate Freezes in the Family Law Context – The Big Chill Revisited », 2003 (non publié).

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Karen BALES, « Estate Planning and the Family Law Act », présenté à l'Upper Law Society, 2001 (en ligne : <http://www.gowlings.com/resources/publications.asp>).

calcul des droits présente un défi additionnel pour les tribunaux. Tel que Lorne Wolfson l'écrit :

« The method of valuation employed in valuing an interest in a trust will depend on the nature of the interest and the structure of the trust. In determining the fair value of an interest in a trust, the assessment will vary depending on whether the interest is an income or a capital interest, whether the interest is contingent or vested, and whether the trust is non-discretionary or discretionary¹⁹. »

Alors, lorsque l'on considère, par exemple, l'intérêt d'un époux dans une fiducie discrétionnaire, les questions suivantes se posent : comment un tel intérêt doit-il être évalué? À partir de quel moment? Est-ce possible si le bénéficiaire ne peut forcer la distribution de la fiducie ou les revenus au bénéficiaire? Advenant le cas où le fiduciaire a discrétion quant à la distribution de la fiducie et de ses revenus, qu'arriverait-il lors de la dissolution? Est-ce que les droits du bénéficiaire ne sont pas présumés être un actif?

1.2. DISTINCTION ENTRE LES RÉGIMES MATRIMONIAUX DE DROIT CIVIL ET LA COMMON LAW

Selon le *Code civil du Québec*, lorsque des individus se marient, ils sont régis par un régime matrimonial durant le mariage, lequel se dissout lors du divorce. Ces individus ont le droit de choisir leur régime matrimonial dans un contrat de mariage. Les régimes que les couples ont à leur disposition sont le régime de séparation de biens ou le régime de la société d'acquêts assujéti aux dispositions relatives au patrimoine familial. Sous le régime de la séparation de biens, les individus demeurent propriétaires de tout bien leur appartenant avant et pendant le mariage.

Sous le régime de la société d'acquêts, tout bien que les époux possèdent lorsque le régime prend effet ou qu'ils acquièrent subséquentement constitue des acquêts ou des biens propres. Les articles 449 et 450 C.c.Q. définissent ce que l'on entend par des biens acquêts et des biens propres :

« Art. 449. Les acquêts de chaque époux comprennent tous les biens non déclarés propres par la loi et notamment :

Le produit de son travail au cours du régime ;

¹⁹ Lorne WOLFSON, « The Valuation of Trusts Under the *Family Law Act* », (1997), 20 Can. Fam. L.Q. 97 (WL).

- 1) Les fruits et revenus échus ou perçus au cours du régime, provenant de tous ces biens propres ou acquêts.

Art. 450. Sont propres à chacun des époux :

- 1) Les biens dont il a la propriété ou la possession au début du régime ;
- 2) Les biens qui lui étoient au cours du régime, par succession ou donation et, si le testateur ou le donateur l'a stipulé, les fruits et revenus qui en proviennent ;
- 3) Les biens qu'il acquiert en remplacement d'un propre de même que les indemnités d'assurance qui s'y rattachent ;
- 4) Les droits ou avantages qu'il échoit à titre de titulaire subrogé ou à titre de bénéficiaire déterminé d'un contrat ou d'un régime de retraite, d'une autre rente ou d'une assurance de personnes ;
- 5) Ses vêtements et ses papiers personnels, ses alliances, ses décorations et ses diplômes ;
- 6) Les instruments de travail nécessaires à sa profession, sauf récompenses s'il y a lieu. »

Les biens qualifiés d'acquêts sont divisés de façon égale lors de la dissolution du mariage, et ce, peu importe qui en détient la propriété. Durant le mariage, l'époux propriétaire est libre d'aliéner ce bien, peu importe la raison. Par contre, aucun des époux ne pourra, sans le consentement de l'autre, disposer des acquêts à titre gratuit, à l'exception de dons de peu de valeur.

Si un couple marié n'a pas signé de contrat de mariage, le couple est réputé être marié selon le régime matrimonial de la société d'acquêts.

De plus, au Québec il existe un « régime primaire », qui se nomme le patrimoine familial. Le *Code civil du Québec* stipule que le mariage comporte comme conséquence la création d'un patrimoine familial constitué de certains biens et ce régime ne fait pas de distinction quant à qui en détient la propriété²⁰. Alors, peu importe que vous soyez mariés avec un contrat de mariage qui stipule que le régime matrimonial des parties est celui de la séparation de biens, les biens suivants sont sujets à un partage égal lors du divorce, et ce, peu importe qui en est propriétaire :

²⁰ Voir article 414 C.c.Q.

- les résidences utilisées par la famille;
- les biens meubles et les meubles qui garnissent ces résidences;
- les véhicules utilisés par la famille;
- les fonds de pension ainsi que les régimes enregistrés d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »).

Les biens qui sont dévolus à un époux par succession ou par donation avant et pendant le mariage sont exclus du patrimoine familial. Une fois que la valeur du patrimoine familial est établie, la loi prévoit certaines déductions, par exemple : les biens appartenant à un époux avant le mariage et les contributions qui sont faites pour acquérir ou améliorer les biens inclus du patrimoine familial lorsque la contribution provient de biens de la succession ou de donation²¹.

Le patrimoine familial est d'ordre public et les parties ne peuvent y déroger même par contrat de mariage.

Donc, au Québec, le tribunal va partager le patrimoine familial en premier lieu et diviser sa valeur entre les époux et, ensuite, il analysera s'il y a ou non un contrat de mariage. S'il y a un contrat de mariage, le tribunal appliquera les règles du régime matrimonial pour le partage des autres biens. S'il n'y a pas de contrat de mariage, le tribunal tiendra pour acquis que les parties se sont mariées sous le régime de la société d'acquêts et procédera à la dissolution de ces biens en conformité avec la loi.

Le concept du patrimoine familial et des régimes matrimoniaux au Québec diffèrent de ce qui existe dans la majorité des provinces de la common law qui ne possèdent pas ce concept de régime matrimonial et qui, lors du divorce, comptabilisent les biens accumulés durant le mariage et divisent ces derniers en considérant certains facteurs comme, par exemple, les dons, les héritages et les contrats de mariage.

De plus, en Ontario, comme dans les autres provinces de la common law, « les biens » sont définis comme étant « property means any interest,

²¹ Voir article 418 C.c.Q.

present or future, vested or contingent, in real or personal property and includes »²².

Cela diffère du droit québécois qui ne fait aucune distinction entre les actifs qui sont présents, futurs, dévolus ou conditionnels. Le droit québécois établira plutôt les actifs qui existent à la date de la séparation ou à la date de l'institution des procédures et les qualifiera comme faisant partie du patrimoine familial ou des biens propres ou acquêts. Cependant, les actifs faisant partie du patrimoine familial ou les biens selon le régime matrimonial de la société d'acquêts n'incluent pas nécessairement les droits futurs ou les droits éventuels.

2. QUESTIONS RELATIVES AU DROIT DE LA FAMILLE ET AUX FIDUCIES

2.1. LES DROITS PROVENANT D'UNE FIDUCIE SONT-ILS DIVISIBLES LORS DU DIVORCE?

La réponse à cette question dépendra largement du langage utilisé dans la législation de chaque juridiction au Canada, l'objectif de la fiducie, l'intention du constituant et le rôle de l'époux dans la fiducie; par exemple, l'époux est-il un fiduciaire, un bénéficiaire, ou les deux à la fois?

2.1.1. Ontario

L'un des arrêts clés en Ontario est l'affaire *Sagl c. Sagl*²³, qui traitait d'une fiducie opérationnelle avec des transactions en revenus et capital. La fiducie fut créée deux ans avant le mariage. L'époux et deux de ses proches amis étaient les fiduciaires et l'époux ainsi que ses enfants, provenant d'un mariage précédent, étaient les bénéficiaires du capital. L'époux et ses trois fils aînés étaient bénéficiaires des revenus. Lorne Wolfson, procureur de M. Sagl, écrit que :

« according to the solicitor who prepared the trust documents, the purpose of the trust was to provide a means by which the husband's business could be transferred to the husband's children and grandchildren at a later date without the necessity of incurring a significant amount of capital gains tax²⁴ ».

²² Voir la *Loi sur le droit de la famille*, S.R.O. 1990, c. F. 3, par. 4(1).

²³ [1997] Ont. J. (Quicklaw) n° 2837 (C. Ont. Div. Gén.) (ci-après « *Sagl* »).

²⁴ Lorne WOLFSON, « *Sagl v. Sagl*: Valuation of an Interest in a Discretionary Trust under Ontario's Family Law Act », 16 Can. Fam. L.Q. 521 (WL).

À la date du mariage et à la date de la séparation, les seuls actifs de la fiducie étaient 98 % des actions de la compagnie dans laquelle M. Sagl était le président et chef de la direction. Il est important de souligner que les faits dans cette affaire diffèrent de ceux dans lesquels une fiducie est établie par les parents d'un époux et par le biais de laquelle les parents transfèrent les actifs à la fiducie soit par donation ou par héritage. Dans la cause *Sagl*, c'était M. Sagl qui acheminait les actifs à la fiducie, même si c'était la mère de M. Sagl qui était la constituante et même s'il n'était pas question que les actifs de la fiducie fussent considérés comme des dons à M. Sagl.

Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur le droit de la famille*²⁵ définit les biens familiaux nets comme étant :

« Valeur de tous les biens, à l'exception des biens décrits au paragraphe (2), dont le conjoint est le propriétaire à la date d'évaluation, après déduction des éléments suivants :

- a) ses dettes et autres éléments de passif;
- b) la valeur des biens, à l'exception d'un foyer conjugal, dont le conjoint était le propriétaire à la date du mariage, après déduction de ses dettes et autres éléments de passif, calculée à la date du mariage ("net family property"). »

Cette définition est particulièrement pertinente lorsque l'on veut évaluer les droits fiduciaires de l'époux dans une fiducie discrétionnaire et elle se veut une considération aussi importante pour les autres fiduciaires.

Comme l'a écrit Lorne Wolfson :

« It is reasonable to conclude that the other trustees are likely to act in accordance with his wishes either because of the relationship between the spouse and the other trustees or because of the spouse's power to remove or replace trustees who do not act in accordance with his wishes²⁶. »

Bien que J. Macdonald affirmait que la fiducie n'était pas créée pour dévier les réclamations de l'épouse, la valeur des droits éventuels du capital d'actifs de la fiducie fut considérée par le tribunal comme étant un bien appartenant à la famille et fut donc évaluée. Le tribunal a aussi affirmé que l'évaluation d'un intérêt éventuel dans une fiducie discrétionnaire est un

²⁵ Précité, note 22.

²⁶ L. WOLFSON, *loc. cit.*, note 24.

sujet très difficile de par sa nature « éventuelle », qui se veut donc incertaine. Malgré cela, le juge a considéré les actifs de la fiducie comme étant une disposition présumée de capital au profit des bénéficiaires à la date de la séparation. J. Macdonald attribua à l'époux une partie au prorata de la valeur des actifs de la fiducie (un septième) moins un septième pour impôts éventuels payables à la fiducie.

Dans l'affaire *Armstrong c. Armstrong*²⁷, la Cour détermina que les droits éventuels de l'époux dans la fiducie familiale créée par son père dans le cadre d'un gel successoral ne faisaient pas partie des actifs familiaux. Dans ce cas, les clauses expresses dans l'acte de fiducie prévoyaient :

« Any gift or benefit, including any income derived therefrom, in favour of any beneficiary taking under this indenture, who is married at the time of the receipt of such gift or benefit shall be excluded from the net family patrimony of such beneficiary for all purposes of the Family Law Act, 1986, as amended from time to time, and shall not fall into any community of property that may exist between such beneficiary and his or her consort and, in the case of female persons, such gift or benefit shall be free from marital control²⁸. »

La Cour conclut que l'actif avait été acquis par donation provenant du père de l'époux et pouvait faire partie de son héritage futur. Partant, le juge décida que l'actif était exclu selon le paragraphe 4(2) de la *Loi sur le droit de la famille*, notamment : « [...] 1. Le bien, à l'exception d'un foyer conjugal, qui est un don ou un héritage que le conjoint a acquis d'un tiers après la date du mariage [...] ».

Dans l'affaire *Black c. Black*²⁹, l'époux était bénéficiaire d'une fiducie créée par ses grands-parents dans laquelle le père de l'époux était fiduciaire. La clause testamentaire stipulait que la moitié du résidu de la succession devait être détenue en fiducie par le père de l'époux pour l'époux et son frère jusqu'à ce que le frère atteigne l'âge de 25 ans. Dès lors, chacun pourrait recevoir une part égale. Le frère de l'époux a atteint l'âge de 25 ans pendant le mariage de l'époux et les actions étaient alors évaluées à 468 050 \$. À la date de la séparation, les actions valaient 1,6 M\$. L'épouse a déclaré que la valeur des actions devrait être divisée et assujettie à une déduction avant mariage par la valeur à la date du mariage. L'époux, quant à lui, répliqua que les stipulations de la fiducie testamentaire ne lui donnaient pas la propriété

²⁷ (1997) 34 R.F.L. (4^e) 38 (C. Ont. Div. Gén.) (ci-après « *Armstrong* »).

²⁸ *Id.*, 46.

²⁹ (1988) 18 R.F.L. (3^e) 303 (Ont. H.C.J.) (ci-après « *Black* »).

de ses actions avant le mariage, comme l'avait proposé son épouse, mais cinq ans après le mariage, et donc ses actions, étant des biens hérités durant le mariage, devaient être exclus de tout calcul.

Le tribunal a conclu que la définition d'actifs compris dans l'article 4 de la *Loi sur le droit de la famille de l'Ontario* était vaste. Cela incluait non seulement les intérêts dévolus mais aussi conditionnels, pas seulement les intérêts présents mais aussi les intérêts à venir dans les droits sur des actifs personnels et réels. Le tribunal conclut que la part que l'époux a reçue de la fiducie de ses grands-parents devait être incluse dans le calcul des actifs familiaux nets assujettis à la déduction avant mariage, étant donné que les grands-parents, par le biais de leur testament, avaient placé ces parts dans la fiducie avant le mariage. Le juge a fait une distinction entre des biens acquis avant le mariage, ce qui donne le droit à l'époux de recevoir une déduction prémaritale et les biens reçus par donation ou héritage pendant le mariage qui seraient donc exclus des biens nets de la famille. Le tribunal a conclu que les actions qui étaient placées en fiducie pour un des époux et qui n'étaient reçues qu'après le mariage devraient être incluses dans le calcul de la valeur des biens nets de la famille, comme si elles avaient été reçues avant le mariage (malgré le fait qu'elles eussent été dévolues après le mariage seulement).

De façon similaire, dans l'affaire *DaCosta c. DaCosta*³⁰, la Cour d'appel de l'Ontario a renversé le jugement du juge de première instance en affirmant que les droits de l'époux provenant d'une fiducie non discrétionnaire créée par son grand-père constitue un intérêt conditionnel et, donc, un bien net familial assujetti à division.

Les critiques des décisions telles que les affaires *Black* et *DaCosta* ont souligné que les tribunaux ont erré en établissant qu'un intérêt de fiducie reçu par un époux d'un parent ou d'un grand-parent devrait être inclus dans le calcul des biens nets familiaux. En prenant cette direction, les tribunaux ont semblé ne pas tenir compte du mot « acquis » à l'alinéa 1 du paragraphe 4(2) de la *Loi sur le droit de la famille*, qui définit les biens exclus comme comprenant « les biens autres que la maison familiale, acquis par don ou héritage d'une tierce personne après la date du mariage ».

De plus, les critiques des décisions *Sagl*, *Black* et *DaCosta* soulignent que l'incertitude d'un don ou d'une stipulation conditionnelle pose un problème pour tout créancier qui chercherait à faire valoir une créance

³⁰ (1992) 29 R.F.L. (3^e) 422 (C. Ont. Div. Gén.); confirmé en partie par 7 O.R. (3^e) 321 (C.A. Ont.) (ci-après « *DaCosta* »).

provenant d'un jugement. Si, par exemple, la fiducie est le seul actif d'importance d'une fiducie et qu'un tribunal ordonnait le paiement d'une fraction de la valeur, cela ne produirait réellement pas de réclamation exécutoire. Étant donné que le débiteur de l'époux n'aura pas de droits tangibles dans la fiducie elle-même, le créancier de l'époux ne pourra saisir les actifs restants dans le but d'exécuter son jugement. Le fiduciaire, pendant ce temps, pourrait tout simplement refuser de payer quelque revenu ou capital à l'époux, tout en effectuant quand même des débours à son bénéfice. La solution que les tribunaux ont souvent préconisée est de poser la question relative au problème de l'évaluation d'une part de fiducie en procédant par une analyse semblable à celle utilisée pour évaluer les pensions. Une analyse qui considère quand et comment l'époux reçoit sa distribution d'actifs de la fiducie pourra donc mener à une ordonnance qui serait exécutoire³¹.

Lorne Wolfson souligne que cette approche « has been used in other cases either where the asset was particularly difficult to value or whether there were contingencies involved and it was uncertain if and when the titled party would receive the interest in question »³². Wolfson cite une partie du jugement dans l'affaire *DaCosta*³³, où J. Labrosse stipule ce qui suit :

« It is open to us to require the husband to make the equalization payment forthwith, but would it be appropriate when such a substantial portion of the payment represents the contingent interest? Moreover, is it fair to compel him to make a cash payment to the wife in respect of an interest which he is presently unable to enjoy, except for the income, and which he may never receive in his lifetime? I think not... [...]. In these circumstances, it is my view that it is appropriate pursuant to s. 9(1) d (i) to direct the husband to hold his interest in the capital in trust for the wife to the extent of her interest therein³⁴. »

2.1.2. Colombie-Britannique

En Colombie-Britannique, la définition d'actif de la famille est différente de celle utilisée en Ontario et, par conséquent, les cours utilisent une approche différente lorsque vient le temps de déterminer si les actifs d'une fiducie doivent être considérés comme des biens de la famille assujettis à un partage. Sous le paragraphe 58(3) de la *Family Relations*

³¹ L. WOLFSON, *loc. cit.*, note 19.

³² *Id.*

³³ *Id.*

³⁴ *DaCosta*, précité, note 30, 335.

*Act*³⁵, la définition d'actif de la famille inclut les droits d'un époux dans une entreprise ou dans une fiducie lorsque cette entreprise ou fiducie détient des biens qui pourraient être considérés comme des actifs de la famille si ces biens étaient la propriété de l'un des époux. Le paragraphe 58(2) prévoit ceci : « Property owned by one or both spouses and ordinarily used by a spouse or a minor child of either spouse for a family purpose is a family asset. »

Selon cette définition de bien de la famille assujetti au partage lors du divorce, les tribunaux de la Colombie-Britannique doivent déterminer si la fiducie est utilisée pour des besoins familiaux. De plus, la *Family Relations Act* n'exclut pas expressément du partage égal des biens ceux qui ont été donnés ou hérités (une fois qu'il est établi que ces biens furent utilisés pour la famille et qu'ils seront donc susceptibles d'être qualifiés comme des biens de la famille). Une cour de Colombie-Britannique décidera si un partage égal est juste en prenant en considération si le bien fut acquis par voie de donation ou d'héritage, on pourra faire exception à la règle du partage égal en permettant à un époux de retenir la propriété complète des droits de la fiducie ou encore on procédera à un partage inégal selon différents pourcentages.

Dans l'affaire *MacDonald c. MacDonald*³⁶, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a jugé que les droits de l'épouse dans la fiducie familiale n'étaient pas un bien de la famille parce que ses droits n'étaient pas utilisés ordinairement à des fins familiales. L'épouse était bénéficiaire, mais elle n'exerçait aucun contrôle sur les actifs de la fiducie, elle recevait seulement un revenu assujetti à la discrétion des fiduciaires et n'avait jamais reçu d'argent du capital de la fiducie. Par conséquent, les actifs ne correspondaient pas à la définition d'actif familial stipulée au paragraphe 58(2) de la *Family Relations Act*. Le tribunal est allé encore plus loin en affirmant que, si les actifs avaient été caractérisés comme étant des actifs familiaux, ils auraient été redistribués à l'épouse, car ces derniers ont été entièrement acquis par voie de donation de ses parents et grands-parents. Le fait de rapatrier les actifs à l'épouse est différent de la situation ontarienne où il s'agira plutôt d'affirmer que les actifs sont exclus à cause de la manière dont ils ont été acquis.

³⁵ R.S.B.C., 1996, c. 128.

³⁶ (2003) 33 R.F.L. (5^e) 119 (C.S.B.C.) (ci-après « *MacDonald* »).

Dans l'affaire *Aylott c. Aylott*³⁷ de la Colombie-Britannique, l'épouse était bénéficiaire, encore une fois, d'une fiducie établie par ses grands-parents. Dans cette affaire, les fiduciaires étaient deux membres d'une étude d'avocats située en Californie, où étaient aussi situés les actifs de la fiducie. Pendant le mariage, les fiduciaires ont versé à l'épouse des sommes substantielles en capital, mais ils avaient l'entière discrétion quant à la distribution de la totalité des actifs ou des revenus de la fiducie. Tenant compte de ces faits, la Cour a conclu que le capital de la fiducie ne pouvait être considéré comme un bien familial.

Contrairement aux décisions *MacDonald* et *Aylott*, provenant de la Colombie-Britannique, dans l'affaire *Grove c. Grove*³⁸, les droits éventuels dans une fiducie discrétionnaire furent jugés comme étant des droits sur des biens susceptibles d'être des actifs familiaux aux fins de la définition de l'article 58 de la *Family Relations Act*. La fiducie fut créée par les parents du mari à titre de constituant. Ils avaient, en l'espèce, transféré leurs investissements d'actif à un individu et à une institution comme fiduciaires. L'époux n'était pas fiduciaire mais l'un des bénéficiaires. Même si la discrétion donnée aux fiduciaires était illimitée, le tribunal a établi que les droits de la fiducie étaient un bien familial, donc divisible. La Cour a considéré que l'époux avait utilisé la fiducie à quatre occasions pendant six ans pour emprunter de l'argent et que le produit de ces emprunts était utilisé pour la famille. Le juge s'exprime ainsi : « I find that Mr. Grove's contingent interest in the Trust was considered and intended by the parties to form a basis, in part, for their future joint financial security³⁹. »

Même si le tribunal a conclu que les droits de la fiducie étaient un actif familial, le juge n'a pas partagé l'actif de manière égale, mais il a plutôt rapatrié les droits en faveur de M. Grove, considérant, entre autres, que le constituant a voulu que les droits de M. Grove dans la fiducie soient son héritage. Le tribunal a ordonné que les droits des parties dans la fiducie Grove soient divisés en proportion de 80 % pour M. Grove et 20 % pour M^{me} Grove.

³⁷ [1999] B.C.J. (Quicklaw) n° 1524 (C.S.B.C.) (ci-après « *Aylott* »).

³⁸ [1996] B.C.J. (Quicklaw) n° 658 (C.S.B.C.) (ci-après « *Grove* »).

³⁹ *Id.*, 73.

2.1.3. Québec

Même si les tribunaux québécois n'ont pas encore rendu de décision concernant la division des actifs d'une fiducie dans un contexte de dissolution du régime matrimonial de la société d'acquêts, ces derniers ont déterminé que les parts données à une épouse par les parents de cette dernière dans un gel successoral ne devaient pas être considérées dans le but d'établir une pension alimentaire.

Dans *S (E) c. S (J)*⁴⁰, l'épouse recherchait une pension alimentaire pour elle-même, et l'époux répliqua que l'épouse devait être considérée comme autonome financièrement parce qu'elle détenait des parts dans une compagnie familiale incorporée en 1991 par son père après la réorganisation de ses affaires dans le contexte d'une planification successorale. Les parts étaient évaluées à plus de 2 M\$. En l'espèce, il n'y avait pas de fiducie et l'épouse détenait la propriété des parts qui étaient totalement rachetables, c'est-à-dire que, si l'actionnaire désirait s'en défaire, la compagnie devait les racheter. L'épouse a souligné que les parts préférentielles ne devraient pas être considérées comme une source de capital ou de revenu pour elle mais qu'elles devaient plutôt être considérées comme un héritage qu'elle ne pourrait toucher qu'au décès de ses parents. La Cour s'est penchée sur l'historique du mariage et a conclu que l'époux avait connaissance de l'existence de ces parts même avant que l'épouse en connaisse elle-même l'existence. Il n'a jamais suggéré à son épouse qu'elle retire ses parts durant le mariage. Il a même continué de contribuer au REÉR de son épouse. Le tribunal a conclu que la fiducie fut créée comme abri fiscal et comme instrument de planification successorale pour le père de l'épouse. La Cour affirme ceci :

« One of the purposes of an estate tax planning is to avoid inheritance tax when the father's assets will devolve to the children. This is the plan set in place here. The shares are fully retractable as is necessary for the plan to be accepted by the taxation authorities. Forcing the wife to retract or redeem the shares would be tantamount to meddling into the affairs of a third party whose opinion on that matter has not been heard⁴¹. »

Le tribunal a refusé de considérer la valeur des parts de l'épouse dans la détermination du montant de la pension alimentaire et a donc ordonné à l'époux de payer une pension alimentaire à son épouse.

⁴⁰ C.S. Montréal, n° 500-12-290362-982, 5 février 2002, j. de Grandpré.

⁴¹ *Id.*

Le tribunal n'a pas eu à considérer la possibilité de diviser la valeur des parts de l'épouse dans la fiducie étant donné que les parties avaient signé un contrat de mariage avant leur mariage, qui stipulait qu'ils étaient mariés sous le régime matrimonial de la séparation de biens. Les remarques du juge, par contre, peuvent être analysées et utilisées dans les cas où une fiducie est créée par un parent qui transfère sa propriété dans une fiducie au bénéfice d'un enfant marié ou qui se mariera, la propriété devra être qualifiée comme une donation afin d'éviter qu'elle soit partageable sous le régime de la société d'acquêts.

Le constituant devra stipuler que « the fruits and income derived from the trust assets are also the beneficiary's private property » afin de s'assurer que l'époux ou l'épouse du bénéficiaire puisse se prévaloir d'une exclusion complète.

Contrairement à la loi de la Colombie-Britannique, qui considère les dons et les héritages seulement pour la répartition des actifs de la famille, la loi du Québec exclut les biens acquis par donation et héritage du partage. À cet effet, la loi du Québec est similaire à celle de l'Ontario. Sous la loi québécoise, tous les biens acquis par voie de donation ou d'héritage, soit avant ou pendant le mariage, incluant les fruits et les revenus dérivés de ces biens, à condition que le testateur ou le donateur l'ait prévu ainsi, sont considérés comme des biens propres et ne sont pas assujettis à partage lors du divorce ou de la séparation. Ce faisant, on peut imaginer que les tribunaux québécois adopteraient le raisonnement mis de l'avant par la Cour de l'Ontario dans l'arrêt *Armstrong*.

Par contre, si une fiducie est créée et que l'époux ou l'épouse en est fiduciaire et bénéficiaire et que la fiducie est créée dans le but de protéger un bien qui aurait été autrement détenu par l'époux ou l'épouse directement ou par le biais d'une compagnie, comme cela fut le cas dans l'affaire *Sagl*, on peut imaginer que les tribunaux québécois pourraient soulever « le voile de la fiducie » et affirmer que ce bien est un acquêt assujetti à division. Dans un tel cas, on peut penser qu'un tribunal appliquera une approche similaire à celle dans l'affaire *Sagl*. De plus, on pourrait même prétendre que l'époux ou l'épouse n'avait pas même le droit de donner en cadeau le bien à la fiducie sans avoir obtenu préalablement le consentement de son époux ou de son épouse, le tout conformément à l'article 462 C.c.Q.

De plus, on devrait garder à l'esprit qu'il y a une possibilité qu'un tribunal considère que les actifs de la fiducie n'entrent pas dans le régime de la société d'acquêts parce que le patrimoine de la fiducie est considéré, en vertu de la loi, comme autonome et distinct de celui du constituant, du

fiduciaire ou du bénéficiaire. Cet argument peut sembler inéquitable dans le cas où une fiducie est créée par l'un des époux dans le but de protéger ses propres actifs durant le mariage, lesquels ne constituent pas des dons ou des héritages. Dans un tel cas, lorsque l'époux ou l'épouse est fiduciaire discrétionnaire et bénéficiaire ou s'il ou elle a le pouvoir de s'ajouter en tant que bénéficiaire à tout moment, on pourrait envisager que le tribunal lèverait « le voile de la fiducie » et traiterait les actifs comme s'ils étaient des acquêts. On pourrait certainement invoquer que l'époux ne pourrait faire « indirectement ce qu'il ne peut faire directement », même si la fiducie n'est pas créée volontairement dans le but de protéger les actifs qui se qualifient d'acquêts. Il ne devrait pas être permis à un époux de placer ses actifs, qui autrement seraient assujettis à partage en vertu du régime de la société d'acquêts, dans la fiducie et exclure ainsi ces actifs du partage.

2.1.4. L'expérience américaine

Des questions semblables furent posées dans la jurisprudence américaine.

Dans l'affaire *Flaherty v. Flaherty*⁴², il a été établi que les souhaits exprès ou même implicites du constituant ne constituaient pas une barrière à une distribution équitable.

Dans l'affaire *Tremaine v. Tremaine*⁴³, la fiducie de l'époux fut créée après que l'épouse eut exécuté leur entente de séparation. Par contre, les actifs de la fiducie incluaient la résidence familiale, qui avait été achetée par le biais de la fiducie la même année que celle du jugement ayant dissous le mariage. En appel, la Cour d'appel du Connecticut a conclu que l'ensemble des biens de la fiducie était inclus dans les actifs de l'époux. Le versement à l'époux de 50 000 \$ provenant de la fiducie supportait la conclusion que le corpus de la fiducie, excepté certaines actions d'une compagnie privée, était en réalité des actifs du mari.

Par ailleurs, la cause fut remise pour une nouvelle audition⁴⁴. Cette fois, le tribunal (en désaccord avec le juge de première instance ainsi que les conclusions du Tribunal d'appel) conclut que le droit du conseiller en investissement de la fiducie de « disposer » directement de l'ensemble des

⁴² 638 A.2d 1254 (N.H. Sup. Ct. 1994) (WL).

⁴³ 643 A.2d 1291 (Conn. App. 1994) (WL).

⁴⁴ 663 A.2d 387 (Conn. App. 1995) (WL).

biens de la fiducie était limité au pouvoir de vendre les actifs de la fiducie. L'affirmation du demandeur selon laquelle le défendeur pouvait s'approprier des actifs de la fiducie par le biais du conseiller en investissement a été jugée, lors de cette deuxième audition, comme étant sans fondement et le jugement de la Cour d'appel fut renversé, en ce sens que la Cour confirma la décision du juge de première instance en affirmant que la fiducie constituait un actif du défendeur.

Dans l'arrêt *Re Balanson*⁴⁵, la Cour suprême du Colorado a établi que les droits futurs d'une épouse dans une fiducie familiale révocable constituent un bien aux fins du partage des biens dans le cadre d'un divorce. La question était, comme dans la lignée des causes canadiennes de common law depuis l'arrêt *Black*, l'évaluation des droits de l'épouse durant le mariage, qui constituaient, d'après le tribunal, un bien du mariage sous la législation du Colorado, soit la *Uniform Dissolution of Marriage Act*⁴⁶.

Il est intéressant de noter que le cas de principe au Colorado relativement aux fiducies lors de la dissolution d'un mariage est dans l'arrêt *In re Marriage of Jones*⁴⁷. Dans cette affaire, l'épouse était bénéficiaire d'une fiducie testamentaire créée pendant le mariage par le testament de sa mère. Les fiduciaires avaient une discrétion complète quant à la distribution des revenus et du capital de la fiducie à l'épouse.

Tenant pour acquis que les droits futurs de l'épouse étaient seulement « un espoir » exclu de la définition statutaire de biens, le tribunal a conclu que les revenus de l'épouse provenant de la fiducie étaient une donation et, donc, des biens qui lui étaient propres. Dans leur article, « Property or Expectancy: The Division of Trust Assets at Dissolution of Marriage », les auteurs Steve Lass et Matt Seidman écrivent :

« [...] the most important factor in the court's analysis was that the wife had no contractual or enforceable right at any time to require distribution of trust income or principal to herself. The wife's receipt of funds from the trust depended on the sole discretion of the trustees [...] the wife's interest in the trust was not assignable and could it be reached by creditors⁴⁸. »

⁴⁵ 25 P.3d 28 (Colo. Sup. Ct. 2001) (WL).

⁴⁶ § 46-1-1 (1965).

⁴⁷ 812 P.2d 1152 (Colo. Sup. Ct. 1991).

⁴⁸ Steve LASS et Matt SEIDMAN, « Property or Expectancy: The Division of Trust Assets at Dissolution of Marriage », (2001), 30-Feb Colo. Law. 63.

3. EST-CE QU'UN ÉPOUX PEUT INTENTIONNELLEMENT ÉCHAPPER AU PARTAGE DU PATRIMOINE FAMILIAL OU DES ACTIFS MATRIMONIAUX EN PLAÇANT SES ACTIFS DANS UNE FIDUCIE?

Nous venons d'examiner des cas où les actifs étaient placés dans une fiducie par un parent ou un grand-parent de l'époux ou par l'époux lui-même lors d'une planification d'actif ou fiscale et où le but de la fiducie n'était pas d'exclure les actifs du partage advenant un divorce, même si, dans certains cas, cela pouvait en être le résultat final. Il y a par ailleurs d'autres cas où un époux place, de manière intentionnelle, les actifs dans une fiducie pour éviter l'application du patrimoine familial au Québec ou pour éviter le partage des actifs familiaux dans d'autres provinces. Comme il fut mentionné précédemment, les tribunaux québécois n'ont pas eu à rendre de jugements relativement aux actifs faisant partie de la société d'acquêts. Ils se sont par contre penchés sur la situation où un époux a placé des actifs du patrimoine familial dans une fiducie en vue d'éviter le partage du patrimoine familial.

Dans *Droit de la famille – 3511*⁴⁹, les deux parties ont créé une fiducie au cours de leur mariage et ont fait don à la fiducie de la résidence familiale et des véhicules à moteur qui étaient utilisés par la famille. Ces deux actifs faisaient partie du patrimoine familial. En l'espèce, le tribunal a levé « le voile de la fiducie » et a inclus ces biens dans le partage du patrimoine familial. En rendant son jugement, le juge Gendreau s'est basé sur la décision *Droit de la famille 1931*⁵⁰, dans laquelle les actifs du patrimoine familial étaient placés, à des fins fiscales, en cas de décès, dans une compagnie incorporée dont l'époux était l'unique actionnaire. Le tribunal a également rapatrié les actifs dans le patrimoine familial dans ce cas.

En outre, des tribunaux de provinces de common law ainsi que des États-Unis ont eu l'occasion de rendre des décisions dans des situations où les actifs étaient placés dans une fiducie dans le but d'éviter une obligation alimentaire envers l'épouse ou le partage des actifs familiaux. Dans l'affaire *Rahman v. Chase Bank (C.I.) Trust Co. Ltd.*⁵¹, l'époux a placé ses actifs dans un abri fiscal. On a considéré que l'époux avait agi comme si les actifs placés dans la fiducie étaient les siens, puisqu'il n'avait jamais transféré le contrôle de ces actifs au fiduciaire. Il fut donc considéré comme bénéficiaire propriétaire de ses actifs.

⁴⁹ J.E. 2000-252 (C.S.).

⁵⁰ [1994] R.J.Q. 378 (C.S.); confirmé par [1996] R.D.F. 6 (C.A.).

⁵¹ [1991] J.L.R. 103 (Jersey Royal Ct.).

Il est intéressant de noter que des tribunaux, dans certaines juridictions, sont allés aussi loin que de mettre de côté des fiducies qui étaient créées dans le but de frauder un potentiel époux créancier ou un enfant⁵². S'il y avait une disparition des actifs, les tribunaux américains ont à l'occasion inclus « the pre-trust value of the trust assets in the division of marital property »⁵³. Au Colorado, par exemple, la Cour d'appel du Colorado a maintenu la décision du juge de première instance en concluant que, dans l'affaire *Kaladic*, la fiducie était « illusoire et frauduleuse allant à l'encontre des droits de l'époux dû au fait que l'épouse a créé une fiducie irrévocable et discrétionnaire et y transférerait des actifs sans que l'époux en ait connaissance »⁵⁴. L'épouse était l'unique bénéficiaire des revenus de la fiducie et son avocat en était le fiduciaire. Le juge de première instance a mis de côté la fiducie et la Cour d'appel a maintenu ce jugement.

4. EST-CE QUE LES REVENUS D'UNE FIDUCIE DEVRAIENT ÊTRE INCLUS COMME ÉTANT UN REVENU POUR LE BÉNÉFICIAIRE DE LA FIDUCIE DANS LA FIXATION DE LA PENSION ALIMENTAIRE POUR ENFANTS OU POUR L'ÉPOUSE?

Les tribunaux québécois ont analysé la question de l'attribution du revenu à un époux quand ce dernier est un fiduciaire ou un bénéficiaire dans le but de déterminer la pension alimentaire pour l'épouse et en vue de fixer la pension alimentaire pour l'enfant.

Il est compréhensible que, si un époux crée une fiducie dans le but de protéger ses actifs et de réduire sa responsabilité fiscale, cet époux ne devrait pas avoir le droit de se cacher derrière son abri fiduciaire dans le but de se décharger de ses obligations alimentaires envers l'épouse ou ses enfants en invoquant le fait que ce revenu est réservé à la fiducie et qu'il ne devrait pas être imputé au fiduciaire qui est aussi bénéficiaire. Le tribunal devrait pouvoir lever « le voile de la fiducie » et imputer à l'époux le revenu de la fiducie comme si ce dernier recevait ce revenu directement. En fait, les *Lignes directrices* fournissent expressément le pouvoir au tribunal d'en faire ainsi au paragraphe 19(1), qui stipule qu'un tribunal peut attribuer un tel revenu à un époux comme il le considère comme approprié dans le cas où l'époux est bénéficiaire d'une fiducie ou il recevra un revenu ou d'autres bénéfices liés à la fiducie.

⁵² *Kaladic v. Kaladic*, 589 P. 2d 502 (Colo. App. 1978) (ci-après « *Kaladic* »).

⁵³ *Re Balanson*, précité, note 45.

⁵⁴ *Id.*

Dans l'affaire *S (F) c. P (V)*⁵⁵, la Cour supérieure a inclus dans le revenu du père son salaire de base ainsi que les retours sur investissement et les gains reliés à la fiducie dans laquelle le père était à la fois fiduciaire et bénéficiaire discrétionnaire. La fiducie fut créée après que le père eut reçu une somme d'argent à la suite de la vente de ses actions dans une compagnie qui avait été créée dans le cadre d'une planification fiscale.

En déterminant si le revenu que reçoit un bénéficiaire en vertu d'une fiducie devrait être considéré comme un revenu pour l'époux débiteur, le tribunal considérera le passé comme garant de l'avenir. Les tribunaux considéreront et analyseront les faits à savoir si l'époux recevait un revenu provenant de la fiducie pendant le mariage, le lien entre l'époux et le fiduciaire ainsi que l'utilisation des revenus ou du capital pendant le mariage.

Dans l'affaire *L (F) c. T (H)*⁵⁶, l'époux recevait des dividendes d'une entreprise qui appartenait à son père. L'époux avait des actions non votantes mais participantes dans les intérêts de la compagnie de son père à la suite d'un gel successoral instauré par son père en 1964, approximativement 20 ans avant le mariage. Les actions non votantes mais participantes étaient évalués à 2 146 000 \$. L'époux n'avait pas accès à la valeur des actions. Les parties avaient signé un contrat de mariage sous le régime matrimonial de la séparation de biens et les actions avaient été acquises avant le mariage. Par conséquent, l'épouse n'argumenta pas sur le fait que la valeur des actions aurait dû être partagée. Par contre, elle argumenta sur le fait que l'époux pouvait avoir accès à des fonds par le biais de l'entreprise de son père en demandant une augmentation du montant des dividendes qu'il recevait de ses actions non votantes devant être considérés quant à la fixation de la pension alimentaire pour enfants et la pension alimentaire pour l'épouse. Le tribunal a refusé d'attribuer un montant additionnel au revenu de l'époux pour les dividendes que son épouse croyait qu'il pouvait forcer son père à déclarer. Le juge Hilton décida que le père du mari ne pouvait se voir forcé à déclarer des dividendes pour quelque montant que ce soit. Néanmoins, le tribunal a considéré les sommes que l'époux recevait à titre de dividendes par le passé dans le calcul des revenus futurs du mari.

Même si l'affaire *L (F) c. T (H)* ne mettait pas en cause une fiducie, nous pouvons nous en inspirer et tirer quelques leçons quant aux critères que le tribunal a énoncé pour conclure que, dans une situation où le bénéficiaire

⁵⁵ C.S. Montréal, n° 500-12-228917-963, 29 mai 2003, j. Capriolo.

⁵⁶ C.S. Montréal, n° 500-12-244598-987, 22 mai 2002, j. Hilton.

d'une fiducie discrétionnaire n'est pas fiduciaire et n'exerce pas de contrôle quant à la distribution des revenus provenant de la fiducie, le tribunal ne peut imputer de revenus à ce bénéficiaire au-delà de ce que le bénéficiaire a reçu par le passé. Le tribunal peut, par contre, attribuer un revenu si le bénéficiaire recevait des sommes par le passé même si le fiduciaire a une discrétion quant aux changements de distribution même future.

Dans l'affaire *Waese c. Bojman*⁵⁷, une cause de l'Ontario, la mère était bénéficiaire d'une fiducie créée par son père. La mère n'était pas fiduciaire. Les fiduciaires étaient autorisés à verser à la mère un maximum de revenu de 52 000 \$ par année, libre de toutes taxes. L'épouse n'avait pas reçu de revenu de la fiducie par le passé étant donné que son propre revenu excédait ce montant. Le tribunal a conclu, en se basant sur la relation avec les fiduciaires (dont l'une était sa sœur), que l'épouse pouvait avoir accès au montant maximum provenant de la fiducie et il attribua ce montant à l'épouse dans le but de fixer la pension alimentaire pour l'enfant.

5. QUAND UN ÉPOUX NE RETIRE AUCUN INTÉRÊT D'UNE FIDUCIE MAIS QU'IL EST DÉSIGNÉ PLUTÔT COMME FIDUCIAIRE, PROTECTEUR OU GARDIEN AYANT LE DROIT D'UTILISER LES ACTIFS DE LA FIDUCIE À SON BÉNÉFICE OU DE RECEVOIR UNE COMPENSATION RELATIVE À L'ADMINISTRATION DE CETTE FIDUCIE, COMMENT DÉTERMINER LES REVENUS DE CET ÉPOUX? QUELLE CONSIDÉRATION DEVRAIT-ON DONNER À L'UTILISATION DES ACTIFS DE LA FIDUCIE?

En Alberta, le tribunal fut appelé à établir les droits de l'époux dans une fiducie créée par ce dernier détenant les actions d'une de ses compagnies au bénéfice de ses enfants. Dans l'affaire *Kachur c. Kachur*⁵⁸, la fiducie fut établie par la mère de l'époux et les fiduciaires étaient l'époux ainsi que deux de ses amis. C'était une fiducie discrétionnaire par le biais de laquelle les fiduciaires pouvaient faire toute distribution de revenu ou de capital provenant de la fiducie à n'importe quel bénéficiaire tel qu'ils le jugeaient approprié. Après que la fiducie fut constituée, celle-ci distribua des dividendes aux enfants mais non à l'époux en sa qualité de bénéficiaire.

L'épouse répliqua, étant donné la nature totalement discrétionnaire de la fiducie, que les enfants n'avaient pas de droits ou d'intérêts quantifiables

⁵⁷ [2002] 19 R.F.L. (5^e) 200 (C.S. Ont.).

⁵⁸ [2001] 14 R.F.L. (5^e) 98 (Alta. Q.B.) (ci-après « *Kachur* »).

dans cette fiducie. Ils avaient un droit de forcer les fiduciaires à faire valoir leurs obligations, mais ils n'avaient aucun droit à une portion précise des actifs de la fiducie. Aux fins du partage des biens matrimoniaux, rien n'aurait dû être soustrait de la valeur des actifs que la fiducie détenait. Tout l'actif de la fiducie est assujéti à un partage.

L'époux apporta l'argument que les enfants avaient 100 % des droits dans la fiducie. Selon lui, l'intention était d'en faire bénéficier les enfants exclusivement. L'époux fut nommé bénéficiaire uniquement dans le but de créer une clause échappatoire dans l'éventualité où un événement à venir rendrait la fiducie caduque quant au transfert des actifs aux enfants.

De plus, le père avait signé une renonciation irrévocable quant à ses droits en tant que bénéficiaire. Il avait exprimé de façon expresse qu'il n'aurait aucun droit de recevoir quelque intérêt que ce soit provenant de la fiducie.

Il est important de noter que la *Matrimonial Property Act of Alberta*⁵⁹ ne contient aucune définition de « bien ». L'article 7 de cette loi ne fait que permettre à un tribunal de faire « a distribution between spouses of all the property owned by both spouses and by each of them »⁶⁰. Il était donc nécessaire de déterminer si les enfants avaient un intérêt dans la fiducie, car cet intérêt ne pouvait être qualifié comme un bien des époux.

Le tribunal a conclu que les droits des enfants équivalaient à 100 % des actifs de la fiducie familiale. Il a aussi établi que les droits du mari étaient inexistantes du fait que l'époux avait signé une renonciation et que, par conséquent, les actifs de la fiducie n'étaient pas assujettis à un partage entre les parties.

Lorne Wolfson affirme ce qui suit :

« [...] the approach adopted in this case differs significantly from the approach adopted in *Sagl* [...] Rather than assuming an equal division of the trust's assets among all the beneficiaries of the trust, the court in *Kachur* instead gave great weight both to the stated intention of the trust as being created entirely for the benefit of the children and to the history of use of the assets in the trust, and

⁵⁹ R.S.A 2000, c. M-8.

⁶⁰ *Kachur*, précité, note 58, 102.

found that the Kachurs had no interest in the trust because the children had a 100 per cent interest⁶¹. »

L'affaire *Francis c. Francis*⁶² est un autre exemple d'une cause de la Colombie-Britannique où l'époux était fiduciaire mais non bénéficiaire. Les enfants étaient bénéficiaires de la fiducie familiale. Il y avait, par contre, une stipulation selon laquelle les fiduciaires pouvaient ajouter n'importe qui comme bénéficiaire. À la différence de l'affaire *Kachur*, où le père s'était expressément exclu en tant que bénéficiaire, il était possible pour l'époux dans l'affaire *Francis* de se nommer comme bénéficiaire.

Le juge Dorgan considère que les actifs de la fiducie satisfaisaient aux trois catégories énoncées dans l'article 45 de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique⁶³. Le tribunal n'a pas, par ailleurs, déterminé que les droits des enfants, par le biais de la définition statutaire, étaient d'inclure la fiducie dans les catégories d'actifs partageables.

Dans l'affaire *P.D. c. D.T.*⁶⁴, la Cour supérieure du Québec fut appelée à déterminer le revenu du débiteur alimentaire dans le but d'établir le montant approprié de la pension alimentaire pour enfants. Le débiteur alimentaire était constituant d'une fiducie irrévocable mais n'était ni fiduciaire ni bénéficiaire. Il était désigné comme gardien de la fiducie. De plus, il gérait les investissements d'une des compagnies détenues par la fiducie de laquelle il recevait une rémunération et qui lui permettait de jouir de bénéfices additionnels tels que l'utilisation occasionnelle d'un yacht et d'une maison de ville à Londres, en Angleterre. Il y a eu une admission selon laquelle la fiducie était valide et selon laquelle elle n'avait pas été établie dans le but de compromettre les demandes alimentaires pour l'enfant mineur. Il n'y avait aucune allégation de fraude ou de mauvaise foi, mais il fut allégué que le débiteur était en fait l'*alter ego* de la fiducie. Durant le cours de l'interrogatoire préliminaire, le débiteur alimentaire s'est opposé à la requête du demandeur quant à la production d'une liste de renseignements financiers exhaustifs ainsi que de documentation relativement à la fiducie et aux nombreuses compagnies détenues par la fiducie.

⁶¹ L. WOLFSON, *loc. cit.*, note 24.

⁶² (1998) 53 B.C.L.R. (3^e) 50 (C.S.B.C.) (ci-après « *Francis* »).

⁶³ R.S.B.C. 1979, c. 121.

⁶⁴ AZ-50153113 et C.S. Montréal, n° 500-04-003100-923, 10 juin 2003, j. Gomery.

M^{me} la juge Courteau a maintenu toutes les objections en affirmant que :

« The court does not believe that any of the companies assets should be taken into consideration to establish D(T)'s "annual income". All of the companies are separate legal entities and no proof allows the court to infer that these corporate entities are, in reality, the sole property of Mr. D.(T.)⁶⁵. »

Relativement à la fiducie, le tribunal écrit ce qui suit :

« [...] the court believes that since the transfer hereto by D. (T.) of property from his patrimony to the patrimony of the trust, the trusts patrimony is autonomous and distinct from that of the settlor. D. (T.) has no real rights in the trust patrimony⁶⁶. »

Au procès, le juge Gomery a déterminé que la fiducie avait été établie dans le cadre « d'un gel successoral » ainsi que d'une planification fiscale. Même si le tribunal n'a pas fourni une analyse détaillée de la fiducie, il a conclu que la fiducie était valide et que le défendeur n'avait en substance aucun intérêt dans cette fiducie à l'exception d'un bien immeuble. La fiducie fut considérée comme une entité juridique distincte et les revenus du défendeur ont été établis en fonction des « honoraires » qu'il recevait pour ses services et de la valeur des bénéfices qui y étaient reliés tels la maison de ville, le yacht et des dépenses de carte de crédit.

CONCLUSION

Il semble que la fiducie soit en train de croître en popularité pour des raisons de planification d'actif et fiscale, cette réalité n'est pas sans conséquences pour les praticiens en droit de la famille. Un problème se pose quand un époux ou une épouse est bénéficiaire d'une fiducie par le biais de laquelle il ou elle reçoit ou est censé recevoir, à un certain moment, des actifs provenant de celle-ci. L'intention du constituant est claire que la fiducie n'est conçue que pour le bénéficiaire et non pour l'époux ou l'épouse du bénéficiaire. Comment les intentions du constituant peuvent-elles être respectées?

Lorsqu'il est temps d'établir la capacité d'un époux à payer une pension alimentaire pour l'épouse ou l'enfant, il n'y a rien que le constituant puisse faire afin que les revenus d'intérêt ne soient pas considérés. Si le bénéficiaire

⁶⁵ *Id.*, par. 43.

⁶⁶ *Id.*, par. 56.

recevait un revenu provenant de la fiducie par le passé, même si cela était à l'entière discrétion des fiduciaires, le tribunal va fort probablement attribuer ce revenu à l'époux bénéficiaire lors de la fixation de la pension alimentaire pour l'épouse ou pour l'enfant.

Par contre, quant au partage des actifs, il y a certaines précautions qui peuvent être prises :

- 1) en tant que praticiens, nos clients doivent être informés de l'effet que peut engendrer la création d'une fiducie. Les actifs peuvent être protégés fiscalement et ne pas être à l'abri d'un partage lors du divorce;
- 2) tel que le suggère Bales lorsqu'elle écrit sur les dons, au moment où l'on rédige un acte de fiducie, l'acte devrait inclure que :

« [...] transactions should include clear elements confirming that an amount is gifted by the Parent to the child and evidence of the gift document in a deed of gift, and then the gifted funds applied to purchase the shares.

Alternatively, if appropriate in the context of the transaction, bearing in mind attribution under the Income Tax Act and other limiting factors, the actual shares could be issued to the parent who could then gift them to the new child shareholder⁶⁷ ».

Bales suggère que soit incluse dans l'acte de donation ou l'acte de fiducie la clause suivante : « which provides that only income earned from the gift, or any asset into which it is converted is to be excluded from the donee's net family property ». Toute appréciation, « so long as they are segregated by the child shareholder from his or her assets and not intermingled with accounts or assets of the child's spouse, will also be excluded from that child's net family property »⁶⁸.

Bales précise aussi que l'acte de fiducie devrait inclure une mention indiquant que « any assets distributed from the trust, or any income earned thereon and accumulated, or any assets will be excluded from the beneficiary's net family property »⁶⁹;

⁶⁷ K. BALES, *op. cit.*, note 18.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

- 3) aussi, étant donné que chaque cas est un cas d'espèce et que la loi (telle qu'elle fut revue tout au long de ce document) demeure relativement floue et qu'elle diffère d'une juridiction à une autre, il est possible de dresser une liste de facteurs clés à considérer lorsque l'on rédige ou lorsque l'on plaide pour nos clients dont des droits fiduciaires sont en jeu.

Questions à considérer :

- même si l'intérêt d'une personne dans une fiducie ou dans une compagnie peut être un bien distinct des biens matrimoniaux, toute appréciation quant à la valeur d'un tel intérêt pourrait être prise en compte dans un calcul de partage d'actifs;
- la détermination du degré de contrôle qu'un bénéficiaire a quant à ses droits ou intérêts est seulement un facteur à considérer parmi de nombreux autres facteurs;
- les revenus versés par une fiducie pendant le mariage et l'utilisation de ces revenus au cours du mariage (achats d'actifs pour la famille) peuvent dans certaines situations (dans certaines juridictions) être calculés aux fins de partage, mais le capital ne peut être pris en considération;
- accorder au fiduciaire la libre discrétion peut ne pas être une protection suffisante lorsqu'une fiducie est analysée en fonction du droit de la famille. Ajouter une clause de renonciation à tout droit en tant que bénéficiaire (telle que la clause d'exclusion utilisée dans l'affaire *Kachur*) peut être utile mais pourrait brimer d'autres intérêts légitimes;
- l'évaluation d'un intérêt discrétionnaire éventuel peut être faite en se basant sur des données actuarielles, similaires à celles utilisées dans l'analyse de bénéfices de pensions (*as and when*);
- lorsqu'il y a de nombreux « bénéficiaires à qui le fiduciaire peut, dans l'exercice de sa discrétion future, verser de temps à autre tout revenu ou capital », certaines juridictions « telle qu'en Nouvelle-Zélande » affirme que ces droits ne constituent pas des actifs⁷⁰;

⁷⁰ Kerry AYERS, « A Discretionary beneficial interest in a family trust property: is it property » (en ligne : <http://www.familylaw.org.nz/advocate/trusts-pra.asp>).

- si un époux met sur pied une fiducie pour ses enfants dans le but de payer leurs dépenses, telles que l'école, les vêtements et les activités parascolaires, et que cet époux se voit dans l'obligation de payer une pension alimentaire pour enfants, peut-il en tant que fiduciaire utiliser ces fonds provenant de la fiducie pour payer la pension alimentaire? Si un époux désire qu'il en soit ainsi, il devrait inclure cette demande dans ses procédures et soumettre cette question au tribunal. On ne devrait tenir pour acquis que le payeur sera en droit d'utiliser les fonds provenant de la fiducie pour respecter ses obligations alimentaires;
- les praticiens devraient savoir que, au moment d'établir la valeur nette d'un époux, les actifs de la famille assujettis à partage ainsi que la capacité de payer l'obligation alimentaire, un tribunal pourrait ordonner que tous les documents relatifs à la fiducie soient communiqués à l'avocat de l'autre partie.

Finalement, le praticien devra se rappeler que, même si un test clair (ou une ligne jurisprudentielle étoffée) se développait, pour le moment la loi sur les fiducies ainsi que le droit de la famille interprètent parfois les droits fiduciaires de façons substantiellement différentes.

Il est aussi important de mentionner que, malgré les écarts d'interprétation, la fiducie comme telle demeure l'un des meilleurs véhicules, et l'un des plus flexibles, de planification financière à la disposition de nos clients. Cependant, nos clients doivent être conscients et examiner avec attention l'incidence qu'aura leur planification successorale et fiscale sur un contexte de droit de la famille...

LA PLANIFICATION SUCCESSORALE D'UN OCÉAN À L'AUTRE



Hélène Marquis
 Avocate, D. Fisc., Pl. Fin., TEP
 Financière Sun Life

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	37:5
1. GÉNÉRALITÉS.....	37:6
1.1. LA SOURCE DES DROITS PATRIMONIAUX AU CANADA.....	37:6
1.2. LES CONFLITS DE LOI.....	37:7
1.3. LA NOTION DE CONJOINT.....	37:8
1.4. LES RÉGIMES MATRIMONIAUX.....	37:10
1.5. LES CONTRATS DOMESTIQUES.....	37:11
2. LE RÉGIME APPLICABLE À CHAQUE PROVINCE ET TERRITOIRE.....	37:12
2.1. ALBERTA.....	37:12
2.1.1. La définition de conjoint.....	37:12
2.1.2. Les événements déclencheurs et le moment du partage.....	37:12
2.1.3. Les biens inclus dans le partage.....	37:13

2.1.4.	Les biens exclus	37:14
2.1.5.	Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux	37:15
2.1.6.	Commentaires sur l'impact de ces dispositions sur un gel successoral éventuel	37:15
2.2.	COLOMBIE-BRITANNIQUE	37:15
2.2.1.	La définition de conjoint	37:16
2.2.2.	Les événements déclencheurs et le moment du partage	37:16
2.2.3.	Les biens inclus dans les actifs familiaux partageables	37:16
2.2.4.	Les biens exclus du partage	37:17
2.2.5.	Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux	37:18
2.2.6.	Commentaires sur l'impact de ces dispositions sur un gel successoral éventuel	37:18
2.3.	ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD	37:19
2.3.1.	La définition de conjoint	37:19
2.3.2.	Les événements déclencheurs et le moment du partage	37:19
2.3.3.	Les biens inclus dans le partage	37:20
2.3.4.	Les biens exclus du partage	37:20
2.3.5.	Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux	37:21
2.3.6.	Commentaires et impact sur le gel successoral	37:21
2.4.	MANITOBA	37:22
2.4.1.	La définition de conjoint	37:22
2.4.2.	Les événements déclencheurs et le moment du partage	37:23
2.4.3.	Les biens inclus dans les actifs familiaux partageables	37:23
2.4.4.	Les biens exclus du partage	37:24
2.4.5.	Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux	37:24
2.4.6.	Commentaires et impact sur le gel successoral	37:24
2.5.	NOUVEAU-BRUNSWICK	37:25
2.5.1.	La définition de conjoint	37:25
2.5.2.	Les événements déclencheurs et le moment du partage	37:25
2.5.3.	Les biens inclus dans les actifs familiaux partageables	37:26
2.5.4.	Les biens exclus du partage	37:26

2.5.5.	Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux	37:26
2.5.6.	Commentaires et impact sur le gel successoral	37:27
2.6.	NOUVELLE-ÉCOSSE	37:27
2.6.1.	La définition de conjoint	37:27
2.6.2.	Les événements déclencheurs et le moment du partage	37:28
2.6.3.	Les biens inclus dans le partage	37:29
2.6.4.	Les biens exclus du partage	37:29
2.6.5.	Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux	37:30
2.6.6.	Commentaires et impact sur le gel successoral	37:30
2.7.	ONTARIO	37:31
2.7.1.	La définition de conjoint	37:31
2.7.2.	Les événements déclencheurs et le moment du partage	37:32
2.7.3.	Les biens inclus dans le partage	37:32
2.7.4.	Les biens exclus du partage	37:33
2.7.5.	Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux	37:33
2.7.6.	Commentaires et impact sur le gel successoral	37:34
2.8.	SASKATCHEWAN	37:35
2.8.1.	La définition de conjoint	37:35
2.8.2.	Les événements déclencheurs et le moment du partage	37:35
2.8.3.	Les biens inclus dans le partage	37:36
2.8.4.	Les biens exclus du partage	37:36
2.8.5.	Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux	37:37
2.8.6.	Commentaires sur l'impact de ces dispositions sur un gel successoral éventuel	37:37
2.9.	TERRE-NEUVE ET LE LABRADOR	37:38
2.9.1.	La définition de conjoint	37:38
2.9.2.	Les événements déclencheurs et le moment du partage	37:39
2.9.3.	Les biens inclus dans le partage	37:39
2.9.4.	Les biens exclus du partage	37:39
2.9.5.	Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux	37:40
2.9.6.	Commentaires et impact sur le gel successoral	37:40
2.10.	TERRITOIRES DU NORD-OUEST	37:41
2.10.1.	La définition de conjoint	37:41

2.10.2.	Les événements déclencheurs et le moment du partage	37:41
2.10.3.	Les biens inclus dans le partage.....	37:42
2.10.4.	Les biens exclus du partage	37:42
2.10.5.	Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux	37:42
2.10.6.	Commentaires et impact sur le gel successoral	37:42
2.11.	YUKON	37:43
2.11.1.	La définition de conjoint.....	37:43
2.11.2.	Les événements déclencheurs et le moment du partage	37:43
2.11.3.	Les biens inclus dans le partage.....	37:43
2.11.4.	Les biens exclus du partage	37:43
2.11.5.	Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux	37:44
2.11.6.	Commentaires et impact sur le gel successoral	37:44
3.	LES CONSIDÉRATIONS FISCALES	37:44
4.	LES TECHNIQUES DE PLANIFICATION	37:46
4.1.	NATURE DU TRANSFERT : DON OU ACHAT D' ACTIONS.....	37:46
4.2.	CONTRATS DOMESTIQUES	37:47
4.3.	CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES	37:47
4.4.	FIDUCIE	37:48
4.5.	ASSURANCE VIE.....	37:48
5.	CONSIDÉRATIONS DIVERSES.....	37:49
5.1.	SOUTIEN ALIMENTAIRE	37:49
5.2.	LETRE D'HOMOLOGATION ET FRAIS D'ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION.....	37:49
CONCLUSION		37:50

INTRODUCTION

La question du mariage, soit les règles qui entourent la célébration, les régimes matrimoniaux applicables, le partage des biens en cas de rupture et de décès, devient de plus en plus complexe au rythme des modifications législatives et des décisions des tribunaux. Les décisions récentes des tribunaux et les débats entourant la notion d'époux et de conjoint ont fait en sorte que dans certaines provinces, des gens peuvent être considérés comme des conjoints alors qu'ils croient qu'ils n'en sont pas, ou vice versa. Il devient donc de plus en plus important de vérifier le lieu de résidence d'un associé d'affaires et son statut matrimonial afin de ne pas se retrouver coincé entre deux époux ou conjoints se disputant allégrement une part dans votre entreprise parce qu'il s'avère que la législation en vigueur dans leur province de résidence n'exclut pas les biens d'entreprise des actifs familiaux partageables.

Dans un tel contexte, que dire des difficultés pouvant survenir quand les personnes impliquées dans une planification comprenant des dons importants du vivant ou au décès ou impliquant un gel successoral ont des intérêts dans plusieurs provinces canadiennes ou que l'auteur et ses bénéficiaires résident dans des juridictions différentes? Les biens donnés ou les actions de gel d'une société seront-ils susceptibles de faire partie des actifs familiaux partageables en cas de rupture du mariage ou de décès du bénéficiaire? Quel peut être l'impact d'un tel partage sur le gel et sur les relations futures des actionnaires d'une entreprise? Existe-t-il des mesures de planification pour contrer le problème si l'auteur du gel désire que ces biens demeurent en propre aux bénéficiaires qu'il a lui-même choisis?

Ce texte se veut un survol des divers régimes matrimoniaux en vigueur à travers les provinces et territoires canadiens. L'exercice vise à informer de l'existence de ces divers régimes et à vérifier leur impact sur les décisions d'affaires en cas de rupture du mariage ou de décès quand l'un des conjoints, associé ou bénéficiaire d'un gel successoral, détient des droits dans une société par actions ou une fiducie familiale. Il est à noter que les règles applicables au Québec ne sont pas abordées de façon exhaustive dans ce texte, étant donné qu'elles font l'objet de nombreux exposés déjà publiés.

Pour atteindre nos objectifs, nous jetterons un coup d'œil rapide aux questions constitutionnelles de base qui entourent les diverses facettes du mariage ainsi que les modalités de règlement des conflits de loi interprovinciaux. Nous verrons ensuite comment la notion de conjoint a évolué dans chacune des provinces pour déterminer les conséquences des divers régimes matrimoniaux sur les relations patrimoniales de la famille.

Enfin, nous tenterons de dégager des scénarios permettant de planifier de façon à remplir les objectifs de l'auteur du don ou du gel successoral.

1. GÉNÉRALITÉS

1.1. LA SOURCE DES DROITS PATRIMONIAUX AU CANADA

La Constitution canadienne établit les règles de partage de compétence entre le gouvernement fédéral et les législatures provinciales. La *Loi constitutionnelle de 1867*¹ prévoit que le mariage et sa dissolution sont de juridiction fédérale, alors que sa célébration et les droits relatifs aux régimes matrimoniaux sont de juridiction provinciale. Ceci signifie donc en termes pratiques que chaque province et territoire canadiens possède ses propres règles distinctes permettant d'établir la nature de la relation entre conjoints au moment de la rupture du mariage et de l'ouverture du partage des actifs familiaux, la nature des biens qui sont inclus ou exclus de ce partage et les circonstances qui déclenchent un tel partage. Un quatrième élément peut être pris en compte et il s'agit de la méthode utilisée pour parvenir à un tel partage, soit un droit dans le bien lui-même ou dans la valeur d'un bien². À cette panoplie de lois diverses s'ajoutent celles en vigueur dans chaque juridiction concernant le règlement des conflits de loi en droit international privé, lesquelles trouvent application en matière matrimoniale et successorale.

Au Québec, même si l'interprétation à donner aux divers articles applicables aux droits patrimoniaux est parfois difficile, s'y retrouver est une chose relativement simple vu que la plupart de ces dispositions sont contenues au *Code civil du Québec*³. Seules quelques exceptions facilement identifiables touchant les régimes de retraite ou les indemnités de la Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST) ou de la Société de l'assurance automobile du Québec (SAAQ), par exemple, élargissent la notion de conjoint au-delà de celle du *Code civil du Québec* et établissent leurs propres règles de partage ou de dévolution des biens en cas de décès.

Les choses se compliquent dès que l'on traverse les frontières d'une province ou d'un territoire, car le système de la common law fait en sorte

¹ (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 91 et 92.

² Barry S. CORBIN, « Marriage and Money », dans *2003 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, pp. 17:1-23, à la page 17:2.

³ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

que les dispositions applicables peuvent se retrouver dans plusieurs législations différentes. Que ce soit la définition d'époux ou de conjoints, la notion de régime matrimonial, les règles relatives au partage des biens ou à la notion d'obligation alimentaire entre époux ou parents et enfants, tout doit être remis en question et faire l'objet d'une recherche particulière sur la nature de la relation et des biens visés et sur le lieu où ils sont situés.

Cette situation fait en sorte qu'il est impossible de créer une documentation exhaustive et à jour de tous les régimes matrimoniaux en vigueur et de leurs conséquences sur le partage des biens échus dans une cellule familiale donnée. Toutefois, nous essaierons de dégager les grandes lignes et surtout d'attirer l'attention sur les conséquences possibles de ne pas en tenir compte dans l'établissement d'une planification impliquant un don du vivant ou à cause de mort, d'un legs par testament ou d'un gel successoral.

1.2. LES CONFLITS DE LOI

La source de règlement des conflits de loi entre les provinces et les territoires canadiens réside dans les règles de droit international privé. Il s'agit d'un domaine qui traite non pas des relations des États entre eux, mais bien de la loi du lieu applicable aux individus dans leur relation juridique entre eux. Diverses règles peuvent être utilisées pour déterminer quelles seront les lois applicables à des individus donnés dans un contexte donné. Ainsi, nous pourrions nous questionner sur le droit applicable pour interpréter un contrat signé entre un résident de l'Ontario et un autre de l'Alberta sur le territoire du Québec, alors que le contrat lui-même concerne une entreprise menée en Colombie-Britannique. Normalement, le contrat va déterminer la loi du lieu applicable, ce à quoi les parties vont concourir par leur signature.

La loi applicable aux relations personnelles d'ordre patrimonial entre individus est déterminée par la loi du lieu de résidence. Quand il s'agit d'un couple, la loi applicable peut être celle du lieu où les individus habitent ou celle de la dernière résidence commune du couple. Chaque province établit ses propres règles en ce qui concerne les conflits de loi. Par exemple, un couple de personnes mariées au Québec et résidant habituellement en Ontario sera régi par la *Family Law Act*⁴ de l'Ontario en cas de rupture de leur relation conjugale ou de décès. Si ces mêmes personnes ont reçu par donation ou par testament des biens de leurs parents résidant au Québec au

⁴ R.S.O. 1990, c. F.3.

cours de leur vie commune, l'inclusion ou l'exclusion de ces biens dans les actifs familiaux partageables au moment de la rupture sera déterminée par la loi de l'Ontario et tout conflit sera jugé par un juge de l'Ontario qui a juridiction sur les individus⁵.

Il faut toutefois porter une attention particulière aux dispositions de la loi locale pour déterminer les éléments qu'elle vise. Par exemple, le *Code civil du Québec* établit ses règles en fonction du lieu du domicile des époux. Dans les autres juridictions canadiennes, c'est le lieu de résidence qui constitue la norme de référence. La première étape oblige donc de s'arrêter à la définition de domicile par rapport à celle de résidence pour déterminer la source du droit applicable et du même coup, les lois matrimoniales qui régiront les relations des parties entre elles. Il est évident que chacune des étapes de ce processus oblige le recours à des professionnels chevronnés.

1.3. LA NOTION DE CONJOINT

La définition à savoir ce qui constitue une union susceptible d'un partage des actifs familiaux en cas de rupture varie d'une province et d'un territoire à l'autre⁶. En fait, l'évolution sociale et les courants récents de jurisprudence basés sur les droits protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷ ont passablement élargi le type de relation matrimoniale visée. Le mariage qui était, il n'y a pas si longtemps, une chasse gardée représentée par l'union d'un homme et d'une femme habiles à contracter une relation matrimoniale dans le but de fonder une famille peut maintenant englober les unions entre partenaires de même sexe, qu'elles soient formelles ou non, et les conjoints de fait.

Nous n'en sommes certainement pas à la fin de cette évolution. Sous la pression de certaines décisions des tribunaux, quelques provinces ont commencé à préparer des lois visant à faciliter le soutien entre « couple non marié vivant une relation platonique » mais qui supposent un soutien financier ou autre procuré par l'un ou l'autre des individus impliqués ou les deux. Ainsi, en mai 2002, l'Alberta a introduit une législation visant à

⁵ Art. 3088, 3089, 3090 et 3090.1 à 3090.3 C.c.Q.

⁶ Symons MARYELLEN, *Insurance to die for*, Association du Barreau de l'Ontario, septembre 2004.

⁷ Partie I de la loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la loi de 1982 sur le Canada, L.R.C. (1985), app. II, n° 44, art. 1 et art. 15(1).

permettre ce type de soutien entre membres d'un « couple platonique »⁸. Cette loi n'est que partiellement en vigueur à ce jour.

Ce qui est important de noter dans ce texte, c'est que même si le mariage est de juridiction fédérale, vu le défaut du gouvernement fédéral de légiférer sur le sujet à ce jour, chaque province a développé sa propre définition de ce qu'elle considère être une union assimilée à un mariage aux fins de l'application des lois patrimoniales, successorales et autres⁹. Ceci vient sans contredit compliquer passablement la question quand il s'agit de gérer les relations patrimoniales d'un couple qui change souvent de province de résidence.

Bien entendu, toutes les provinces et territoires ont des promulgués des législations prévoyant la célébration formelle d'un mariage conventionnel entre un homme et une femme. Toutefois, plusieurs variantes s'y sont greffées, ouvrant des droits patrimoniaux à des personnes « enregistrées » ou à des conjoints de fait. Les personnes admissibles ainsi que les droits auxquels elles peuvent prétendre sont différents d'une province à l'autre. Il convient dès lors d'être très consciencieux et de vérifier la nature et l'ampleur des droits consentis sur les biens patrimoniaux quand vient le moment de faire une planification successorale mettant en scène des bénéficiaires résidant dans une province distincte de celle de l'auteur.

⁸ *The Adult Interdependant Relationships Act*, S.A. 2002, c. A-5.4. Cette loi vise à reconnaître aux personnes non liées par le sang qui cohabitent dans une relation d'interdépendance émotive et économique pendant une période d'au moins trois ans, ou lorsqu'un enfant est né ou qu'un enregistrement a été fait, le droit de réclamer les mêmes avantages que les couples mariés.

⁹ Ainsi, par exemple, la législature du Québec a adopté la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, qui modifie entre autres le *Code civil du Québec*, de façon à reconnaître les unions civiles célébrées entre partenaires de même sexe. Les modifications législatives introduites par ce projet de loi ont permis que les conjoints de même sexe unis civilement puissent bénéficier des mêmes droits et avoir les mêmes obligations l'un à l'égard de l'autre durant l'union et lors de la terminaison pour cause de rupture ou de décès de l'un des partenaires. Les articles du *Code civil du Québec* portant sur les régimes matrimoniaux, le patrimoine familial et les successions leur sont donc applicables depuis la date de la célébration de l'union. La *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod., a aussi été modifiée pour que les avantages fiscaux accordés aux époux et aux conjoints de fait soient disponibles aux conjoints unis civilement dès le moment de la célébration, peu importe la durée de la cohabitation préalable. Par contre, les conjoints de fait, qu'ils soient de même sexe ou de sexe différent, ne sont toujours pas reconnus aux fins du droit civil, peu importe le nombre d'années où ils ont cohabité.

Le statut des conjoints de fait et leur droit de se réclamer des lois matrimoniales en vigueur dans les provinces et territoires semblent très précaires si ceux-ci ne sont pas passés par une formalité préalable d'enregistrement. En effet, la Cour suprême du Canada¹⁰ s'est penchée récemment sur la question de la liberté du couple de formaliser ou non son union et son droit de choisir les relations patrimoniales sous-jacentes dans une affaire où le Procureur général de la Nouvelle-Écosse était intimé et où les Procureurs généraux de l'Ontario, du Québec, de la Colombie-Britannique et de l'Alberta ont agi à titre d'intervenants. Cette décision sera discutée plus loin dans ce texte étant donné qu'elle vise directement le contexte légal qui prévaut en Nouvelle-Écosse.

Enfin, ce texte ne traite de la définition d'époux et de conjoints qu'en rapport avec les lois matrimoniales pour déterminer les actifs qualifiés d'actifs familiaux partageables en cas de rupture du mariage ou de l'union. Toutefois, d'autres lois applicables dans une province, par exemple au décès, peuvent contenir une définition d'époux ou de conjoints différente de celles dont il sera question ci-après¹¹.

1.4. LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

Contrairement au Québec où les époux peuvent choisir leur régime matrimonial parmi un certain nombre d'options, soit le régime de la séparation de biens ou celui de la société d'acquêts, lequel entrera en vigueur au moment de la célébration du mariage ou, par la suite, au moment de la signature d'un contrat de mariage, la plupart des régimes dans les provinces de la common law appliquent ce que nous pourrions appeler « un régime différé de communauté de biens ». En fait, chacun des époux a la libre administration et disposition des biens dont il est propriétaire jusqu'à ce que le mariage prenne fin. Au moment de la rupture du mariage ou parfois du décès d'un des conjoints, certaines législations établissent une présomption selon laquelle les conjoints sont copropriétaires des biens matrimoniaux alors que d'autres prévoient un droit de réclamer la moitié de la valeur accumulée dans ces biens. Ces biens sont souvent divisés en deux catégories, les actifs familiaux et les actifs non familiaux, parfois appelés les « actifs d'entreprise ».

¹⁰ *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. Walsh*, [2002] C.S.C. 83 (ci-après « *Walsh* »).

¹¹ *Charte canadienne des droits et libertés*, op. cit., note 7.

Au-delà de la présomption légale, la plupart des provinces permettent que les conjoints puissent exclure certains biens matrimoniaux d'un partage éventuel par le biais d'un contrat de mariage ou d'une entente de séparation. Toutefois, ces contrats peuvent être révisés ou rescindés par les tribunaux particulièrement s'il s'avère qu'ils créent des iniquités ou qu'ils sont injustes pour l'un ou l'autre des conjoints.

Contrairement au *Code civil du Québec* qui prévoit un partage automatique des biens constituant des acquêts et de la valeur de ceux inclus dans le patrimoine familial en cas de rupture du mariage ou de décès, dans les provinces de la common law, le conjoint désireux de faire valoir ses droits dans les biens familiaux doit introduire une demande auprès du tribunal compétent dans un délai imparti par la loi. Ceci constitue une différence majeure entre les deux systèmes. Par contre, le fait qu'un époux ou un conjoint bénéficie d'une période pouvant aller de six mois à deux ans suivant la date de la terminaison du mariage pour introduire une réclamation à l'encontre de l'autre époux peut créer une certaine insécurité, particulièrement dans un contexte d'affaires.

1.5. LES CONTRATS DOMESTIQUES

Chacune des provinces possède ses propres règles concernant la possibilité d'adhérer à un « contrat domestique ». Ce type d'entente fait référence aux contrats de mariage, aux ententes de séparation et aux ententes de cohabitation pour les conjoints de fait. Ces contrats fixent habituellement les paramètres de la propriété et de l'administration des biens du couple pendant le mariage et la cohabitation ainsi que la façon dont ils seront partagés au moment de la rupture. La portée de ces ententes peut aussi être limitée à un élément en particulier au lieu de l'ensemble des biens du couple formant son patrimoine. Certaines provinces permettent que les contrats de mariage contiennent des provisions pour établir les modalités du soutien alimentaire pour le conjoint et les enfants ainsi que la garde des enfants alors que d'autres les prohibent autrement que dans le cadre d'une entente de séparation.

La plupart du temps, il s'agit du meilleur outil de planification disponible pour protéger certains biens des réclamations éventuelles d'un époux ou d'un conjoint. Par contre, les tribunaux ont aussi fixé les limites que peuvent atteindre de telles ententes. Ainsi, dans certaines provinces, un contrat de mariage peut prévoir les modalités de partage des biens matrimoniaux mais il ne peut aller aussi loin que de déterminer la garde des enfants ainsi que l'obligation alimentaire. Certaines juridictions permettent de soustraire la résidence familiale au partage des biens au moyen d'un

contrat de mariage alors que d'autres excluent ce bien de toute transaction entre les époux. Enfin, certaines juridictions permettent de gérer le sort des biens matrimoniaux et d'établir des exclusions au partage par le biais du contrat de mariage alors que d'autres sont restrictives à cet effet.

2. LE RÉGIME APPLICABLE À CHAQUE PROVINCE ET TERRITOIRE

2.1. ALBERTA

En Alberta, chacun des époux est propriétaire des biens dont il apparaît détenir les titres durant le mariage. Toutefois, la loi permet le partage des biens familiaux au moment de la rupture ou du décès quand une demande est introduite à cet effet auprès du tribunal compétent¹².

2.1.1. La définition de conjoint

La province de l'Alberta maintient encore une définition très conservatrice des couples admissibles à un partage des actifs familiaux¹³. En effet, seuls les époux, soit les personnes de sexe différent ayant passé par les formalités du mariage, qui résident habituellement en Alberta ou dont la dernière résidence commune s'y situe peuvent avoir des prétentions à ce chapitre.

2.1.2. Les événements déclencheurs et le moment du partage

Contrairement au Québec où l'ouverture au partage du patrimoine familial et des régimes matrimoniaux se déclenche automatiquement en cas de rupture du mariage ou au décès de l'un des conjoints, ce droit trouve ouverture quand le mariage a pris fin, soit après le prononcé d'un décret de divorce, d'une déclaration de nullité de mariage ou d'un jugement de séparation légale, sur demande expresse de l'un des époux uniquement. Dans certaines circonstances, lorsque les parties sont séparées de corps pendant une période continue de plus d'un an ou pour moins longtemps s'il n'existe aucun espoir de réconciliation, il peut être possible d'introduire une demande à cette fin. Toutefois, le partage n'est pas automatique et le conjoint désireux de s'en prévaloir doit en faire la demande auprès de la Cour du Banc de la Reine dans les deux années suivant la date du prononcé du décret de divorce

¹² *Matrimonial Property Act*, R.S.A. 1980, c. M-9.

¹³ *Charte canadienne des droits et libertés*, *op. cit.*, note 7, art. 1.

ou du jugement de séparation ou de nullité de mariage ou du moment où les parties ont cessé de faire vie commune.

La loi prévoit des dispositions spéciales quand la demande de partage est consécutive au décès de l'un des époux. L'époux survivant peut introduire une demande de partage avant l'expiration de six mois suivant l'octroi des lettres d'homologation. Il peut aussi continuer une demande déjà pendante avant que ne survienne le décès. Par contre, la décision du tribunal prendra en compte les avantages que l'époux survivant pourrait recevoir à cause du décès. Les biens matrimoniaux ayant fait l'objet d'un ordre de partage et qui ont été transférés ou payés à un conjoint survivant ne sont pas inclus dans la succession du décédé et ne peuvent pas être réclamés par un héritier éventuel.

2.1.3. Les biens inclus dans le partage

La loi de l'Alberta ne comprend aucune définition des mots *property* ou *assets* et aucune classification de ce qui pourrait être catégorisé comme « actifs familiaux » (*family assets*) et « actifs non familiaux » (*non-family assets*). Les tribunaux ont décidé que seuls les biens qui ont une valeur marchande et ceux qui existent au moment où le partage intervient peuvent être distribués. Toutefois, un époux pourrait avoir droit à des dommages-intérêts compensatoires si une perte est subie, entre autres, à cause des agissements de l'autre conjoint¹⁴.

Ceci revient à dire qu'à peu près tous les biens acquis par les époux soit séparément, soit en copropriété pendant le mariage, incluant les entreprises, les actions d'une société et le droit de bénéficiaire dans une fiducie, peuvent faire partie des actifs familiaux partageables. Ceci pourrait aussi inclure la valeur de biens acquis après le prononcé du décret de divorce ou du jugement de séparation de corps ou de nullité de mariage, et avant l'introduction de la demande de partage. Les modalités du partage ne sont toutefois pas nécessairement un partage égal entre les époux, la loi prévoit un certain nombre de lignes directrices pour guider le tribunal dans sa décision à déterminer ce qui lui paraît un partage juste et équitable¹⁵.

¹⁴ *Burger c. Burger*, (1985) 41 Alta. L.R. (2^e) 156, 48 R.F.L. (2^e) 158 (Q.B.).

¹⁵ Ces lignes directrices sont prévues à la *Matrimonial Property Act*, *op. cit.*, note 12, art. 8. Elles sont basées sur des critères tels que la contribution des époux dans le mariage, que ce soit à titre personnel par le travail à la maison ou à titre financier par des apports de biens ou autrement, la durée du mariage, les impôts payables par un des époux sur un bien transféré, etc.

2.1.4. Les biens exclus

La loi prévoit que les biens « d'origine » acquis par un époux peuvent être exclus du partage si certaines conditions sont remplies. C'est le cas si le bien provient d'un don reçu d'une tierce partie ou d'un héritage, s'il a été acquis avant le mariage, s'il s'agit d'un montant accordé à titre de dommages ou du produit d'un contrat d'assurance vie.

En termes clairs, ceci signifie que la valeur du bien qui sera exclu du partage est celle du bien au moment du mariage ou à celui où il a été reçu par le donataire, soit la plus tardive des deux. Par contre, la plus-value accumulée sur ces biens sera partageable. La date d'évaluation des biens est une question laissée à l'appréciation des tribunaux qui décident de ce qui serait une date juste et équitable pour chacune des parties. La date habituellement retenue pour déterminer la valeur partageable est celle du procès.

En fait, quand le bénéficiaire d'un gel résidant en Alberta reçoit les actions d'une société ou un droit de bénéficiaire dans une fiducie personnelle discrétionnaire ou non, la plus-value de ce bien, calculée soit à la date de son mariage, soit à la date du don selon l'événement qui s'est produit en dernier, pourra être prise en considération dans l'établissement de la valeur partageable des actifs familiaux.

L'exclusion des biens de la valeur partageable n'est pas la règle mais bien l'exception. Le fardeau de la preuve est donc toujours sur celui qui réclame l'exclusion, lequel doit entre autres démontrer la valeur du bien original et, quand ce dernier a été disposé, l'inclusion de cette valeur dans un bien de remplacement¹⁶.

Enfin, il existe une forme de présomption voulant qu'un bien donné ou reçu en héritage l'ait été pour le bénéfice des deux époux. Celui qui réclame l'exclusion doit démontrer clairement l'intention du donateur ou du testateur de ne favoriser qu'un seul des époux¹⁷.

¹⁶ *Jackson v. Jackson*, 21 R.F.L. (3^e) 442 (C.A.) (ci-après « *Jackson* »).

¹⁷ *Borys v. Borys*, (1994) 3 R.F.L. (4^e) 139 (Q.B.).

2.1.5. Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux

Il est possible pour les époux de se soustraire par contrat à l'application de la loi et d'éviter le partage des biens familiaux en fixant eux-mêmes les termes entourant la propriété et le partage de leurs biens en cas de rupture. Cette entente peut s'appliquer aux biens dont ils sont propriétaires ensemble ou chacun de leur côté au moment de l'entente ou par la suite. Ce genre d'entente peut survenir avant le mariage mais ne devient exécutoire qu'après le mariage. Les époux parties à un contrat de cette nature doivent reconnaître par écrit vouloir renoncer librement et volontairement à leur droit de réclamer dans le partage des actifs familiaux, le tout assisté par des conseillers juridiques indépendants, alors qu'ils ne sont pas en présence l'un de l'autre.

2.1.6. Commentaires sur l'impact de ces dispositions sur un gel successoral éventuel

La loi de l'Alberta, même si elle est inclusive en soi, permet quand même quelques éléments de planification intéressants. En fait, le pire danger qui guette l'auteur d'un gel successoral serait de voir la plus-value accumulée sur les actions de gel, d'être l'objet d'une dispute entre conjoints lors de la rupture du couple ou lors du décès de l'un des époux. Heureusement, il semble possible de régler cette question en établissant des documents clairs prouvant que l'auteur ne désire avantager qu'un seul des époux et en faisant en sorte que les époux adhèrent à un « contrat domestique », par lequel ils excluent ces biens, leur plus-value et les revenus générés du partage des biens familiaux en cas de rupture. En ce qui concerne le décès de l'époux actionnaire, il est toujours possible de prévoir une convention entre actionnaires qui envisagera l'achat ou le rachat automatique des actions par la société ou les autres actionnaires.

2.2. COLOMBIE-BRITANNIQUE

La Colombie-Britannique a aussi adopté un code particulier en ce qui concerne les relations familiales. Il s'agit de la *Family Relations Act*¹⁸, dont la partie 5 est consacrée spécifiquement aux biens matrimoniaux et à leur partage. La loi établit un « régime différé de communauté de biens » qui fait en sorte que chacun des conjoints est considéré être sous un régime de séparation de biens jusqu'à ce que l'un des événements déclencheurs du

¹⁸ R.S.B.C. 1996, c. 128.

partage survienne. À partir de ce moment, chacun des conjoints a droit à la moitié des biens familiaux à titre de copropriétaire « tenant in common » donc à un droit dans le bien et non dans la valeur du bien.

2.2.1. La définition de conjoint

Des amendements ont été apportés à la loi en 1997¹⁹ afin de préciser la notion de conjoints. Sont considérées comme conjoints aux fins du partage les personnes qui sont mariées et celles qui ont vécu dans une relation conjugale pendant une période d'au moins deux ans, ceci incluant les conjoints de même sexe, si la demande de partage des biens matrimoniaux est introduite dans l'année suivant la cessation de la vie commune.

2.2.2. Les événements déclencheurs et le moment du partage

Les événements pouvant donner ouverture au partage des biens sont une entente de séparation non nécessairement écrite mais formelle, une ordonnance de divorce, un jugement de dissolution de mariage ou de séparation de corps ou encore de nullité de mariage. La demande de partage doit être introduite auprès du tribunal dans les deux années consécutives à ces événements.

Il est à noter que le décès n'est pas un événement déclencheur du partage des biens matrimoniaux sous la loi de cette province.

2.2.3. Les biens inclus dans les actifs familiaux partageables

Contrairement à la province de l'Alberta, il existe une définition des biens faisant partie des actifs familiaux²⁰. Celle-ci englobe donc les biens détenus par un ou les deux époux et habituellement utilisés par les époux et les enfants mineurs pour les besoins de la famille. Ceci inclut entre autres, les biens détenus par une société par actions ou une fiducie, les actions de compagnie ou un intérêt dans une fiducie ou un bien lorsque l'un des époux a la possibilité de se l'approprier ou d'en révoquer le transfert.

¹⁹ *Family Relations Act*, 1997, c. 20, s. (1).

²⁰ *Jackson*, précité, note 16, section 58.

Cette définition est particulièrement large pour englober à peu près tous les biens détenus par un couple. Le test ultime en cas de conflit consiste à déterminer si les biens sont habituellement utilisés ou non pour les besoins de la famille. Ceci peut aller jusqu'à inclure non seulement les revenus mais aussi un bien en capital si ce dernier est utilisé régulièrement par les membres de la famille.

2.2.4. Les biens exclus du partage

Il n'y a pas de véritable exclusion. Seuls les biens utilisés essentiellement pour la conduite d'une entreprise commerciale dont l'un des conjoints est propriétaire à l'exclusion de l'autre sont théoriquement exclus de la définition de biens matrimoniaux. Toutefois, il pourrait en être autrement si l'autre conjoint a fait une contribution directe ou indirecte à l'acquisition du bien ou à la conduite de l'entreprise. Les actions de société ne sont pas exclues des actifs familiaux mais bien spécifiquement incluses. Seuls sont exclus les biens utilisés dans la poursuite des affaires, ce qui ne comprend, à notre humble avis, que les opérations de l'entreprise. Ceci signifie donc que les actions d'une société en exploitation tout comme celles d'une société de portefeuille ne seraient pas exclues.

De plus, il est à noter qu'il n'existe aucune provision spécifique concernant les autres biens ayant pu appartenir à l'un des conjoints avant le mariage ou qui a pu échoir à l'un d'eux en raison d'une donation entre vifs provenant d'un tiers ou d'un héritage. Au contraire, il existe un article extrêmement large dans la loi qui donne pleine discrétion au tribunal pour ordonner le partage des biens faisant partie des actifs familiaux ou de ceux qui pourraient en être exclus et déterminer la quotité du partage, s'il est d'avis qu'un partage égal ou suivant les termes d'un contrat de mariage serait injuste ou inéquitable pour l'un des conjoints. Cette discrétion est accentuée par le fait que les conjoints ont l'obligation d'acquérir leur autonomie financière. Le tribunal a souvent jugé d'un partage inégal ou de l'attribution des biens à un seul des conjoints pour pallier un manque à gagner causé par des années passées en dehors du marché du travail²¹. Certains critères tels que la durée du mariage, la durée de la période de séparation, la date où le bien a été acquis ou disposé, les biens acquis par donation ou héritage, les besoins de chacun des époux pour atteindre l'autonomie financière et toutes autres circonstances pertinentes doivent être analysés pour permettre au tribunal de prendre une décision.

²¹ *Lodge v. Lodge*, (1993) 73 B.C.L.R. (2^e) 360; *Toth v. Toth*, (1995) 13 B.C.L.R. (3^e) 1.

La discrétion du tribunal s'étend aussi loin que de permettre à la cour d'ordonner le transfert des titres d'un bien ou d'en donner la possession à l'un ou l'autre des époux avec ou sans compensation, d'en ordonner la vente et le partage, d'établir une fiducie ou de donner un droit acquis à un enfant.

2.2.5. Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux

Il est possible pour un homme et une femme²² d'établir un contrat de mariage avant ou pendant le mariage, lequel entrera en vigueur soit au moment de sa célébration, soit à celui de la signature du contrat selon les circonstances. Ce type de contrat peut prévoir la gestion des actifs et des biens familiaux pendant le mariage ainsi que la propriété et le partage en cas de rupture. Ces ententes doivent être faites par écrit et signées par chacune des parties devant un ou plusieurs témoins.

Les ententes pré et postnuptiales (*ante and post nuptial settlements*) qui ne se qualifient pas comme contrats de mariage peuvent être modifiées ou rescindées par le tribunal si la demande en est faite dans les deux ans suivant la fin du mariage ou une période plus longue si les circonstances l'exigent.

2.2.6. Commentaires sur l'impact de ces dispositions sur un gel successoral éventuel

Rien n'est moins certain selon la loi de la Colombie-Britannique que de pouvoir exclure les actions provenant d'un gel successoral ou l'intérêt d'un bénéficiaire dans une fiducie même discrétionnaire des actifs familiaux partageables. En effet, comme nous pouvons le constater plus haut, c'est le tribunal qui a le dernier mot quant à décider si des actifs sont ou non partageables, incluant ceux qui auraient normalement dû être exclus soit parce qu'ils peuvent être considérés comme des actifs non familiaux.

Le fait pour un époux d'avoir reçu par voie de donation des actions d'une société ou un droit de bénéficiaire dans le cadre d'un gel successoral n'exclut en rien que ces biens soient inclus dans les biens familiaux

²² La définition de « contrats de mariage » (*Marriage Agreements*), telle que contenue à l'article 61 de la *Family Relations Act*, ne semble pas tenir compte de la définition élargie de conjoint étant donné que la disposition contient sa propre définition de ce qui constitue un contrat de mariage valide. Il faudrait donc en conclure que les conjoints de fait hétérosexuels ou de même sexe ne pourraient accéder à de tels contrats.

partageables en cas de rupture. Dans de telles circonstances, l'auteur du gel doit être conscient qu'une réclamation éventuelle du conjoint pourrait survenir en cas de rupture du mariage ou de décès du bénéficiaire qui pourrait nuire à ses affaires personnelles. Il est recommandé de planifier en conséquence par la mise en place de contrats tels qu'une convention entre actionnaires dûment signée entre l'auteur et les bénéficiaires du gel et qui prévoit des modalités de rachat et de financement en cas de rupture du mariage ou de décès.

2.3. ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

À quelques différences près, l'Île-du-Prince-Édouard a utilisé de toute évidence le modèle de la loi de l'Ontario pour modeler la *Family Law Act*²³ qui reprend les grandes lignes de cette dernière. Nous vous référons à la section portant sur cette province pour plus de détails sur les objectifs poursuivis.

2.3.1. La définition de conjoint

La définition apparaissant à la loi est encore une fois la définition conventionnelle des époux, soit un homme et une femme qui sont mariés l'un à l'autre. Théoriquement, des conjoints de fait de sexe opposé qui concluent entre eux une entente de cohabitation pourraient se soumettre volontairement à l'application de la loi. En ce qui concerne les conjoints de même sexe, les décisions récentes rendues dans les autres provinces canadiennes auront probablement pour effet d'obliger à faire des compromis si la définition est attaquée devant les tribunaux.

2.3.2. Les événements déclencheurs et le moment du partage

La séparation, le divorce, la nullité du mariage, la demande de répartition de la valeur nette des biens matrimoniaux ou le décès de l'un des époux constituent les éléments donnant ouverture au partage. La demande doit être faite dans les deux années suivant un jugement de divorce ou de nullité de mariage, et dans les six ans suivant la date de la cessation de la vie commune.

La date d'établissement de la valeur nette des biens matrimoniaux est fixée par la loi. Elle correspond à la date de l'événement survenu en premier,

²³ R.S.P.E.I. 1995, c. F 2.1.

que ce soit la date de la séparation de fait, celle du décret de divorce, du jugement de nullité de mariage, la date où une demande de répartition de la valeur nette des biens matrimoniaux a été présentée au tribunal.

La demande de répartition de la valeur nette des actifs familiaux est un droit personnel à chacun des époux et ne peut être exercée par leur succession. Par contre, si une demande déjà introduite est pendante devant le tribunal au moment du décès de l'un des conjoints, celle-ci peut être continuée par la succession.

2.3.3. Les biens inclus dans le partage

Les biens inclus dans la valeur nette des biens familiaux partageables sont définis par exclusion. Ainsi, tous les biens acquis pendant le mariage, sauf ceux qui sont spécifiquement exclus par la loi, font partie de la liste des biens dont la valeur nette doit être déclarée par chaque époux pour établir la valeur nette partageable des actifs familiaux. Tout comme en Ontario, la loi ne fait pas de différence entre les biens personnels et ceux qui sont utilisés dans une entreprise.

La valeur nette des biens détenus par un époux, incluant les revenus provenant du bien, est calculée en déduisant ses dettes et la valeur nette des biens possédés à la date du mariage.

2.3.4. Les biens exclus du partage

Sont exclus de la valeur partageable la valeur nette des biens acquis avant le mariage moins les dettes de l'époux à la date du mariage. Les biens reçus par donation ou par héritage d'une tierce partie après la date du mariage sont exclus des biens matrimoniaux. Sont aussi exclus le produit du capital-décès d'une assurance vie ou le droit de recevoir un tel produit sauf si le contrat a été acquis pour contourner ou se soustraire à une réclamation en vertu de la *Family Law Act*. La séparation, le divorce, la nullité du mariage, la demande de répartition de la valeur nette des biens matrimoniaux ou le décès de l'un des époux constituent les éléments donnant ouverture au partage. La demande doit être faite dans les deux années suivant un jugement de divorce ou de nullité de mariage ou dans les six ans suivant la date de la séparation des parties.

La date d'établissement de la valeur nette des biens matrimoniaux est fixée par la loi. Elle correspond à la date de l'événement survenu en premier, que ce soit la date de la séparation sans reprise de cohabitation, celle du décret de divorce, du jugement de nullité de mariage ou la date où une

demande de répartition de la valeur nette des biens matrimoniaux a été présentée au tribunal.

Dans des circonstances exceptionnelles, le tribunal pourra ordonner un partage inégal. Ces circonstances sont le défaut par un des conjoints de divulguer certains actifs et dettes au moment du mariage, la mauvaise foi, les dons faits des époux l'un à l'autre, la dilapidation des biens familiaux par un époux, une entente écrite autre qu'un « contrat domestique », enfin toutes autres circonstances ayant trait à l'acquisition, la disposition, la préservation, l'entretien, l'amélioration, la détérioration, la destruction, le partage ou le transfert des biens.

2.3.5. Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux

Les contrats domestiques comprennent les contrats de mariage, les contrats de cohabitation et les ententes de séparation. Les époux mariés ou les personnes de sexe différent qui désirent se marier ainsi que les conjoints de fait peuvent conclure une entente relativement à leurs droits et obligations pendant le mariage et au moment de la rupture. Une entente de cohabitation tout comme un contrat de mariage peuvent contenir des dispositions relativement à la propriété des biens et à leur partage, aux obligations alimentaires et à l'éducation des enfants. Une entente de cohabitation pourra devenir un contrat de mariage advenant le mariage subséquent des conjoints de fait. Aucune disposition du contrat de mariage ne peut toutefois modifier les règles prévues par la loi applicables à la résidence familiale. Toutefois, seules les ententes de séparation peuvent prévoir l'obligation alimentaire et la garde des enfants en plus du partage des biens.

Il est à noter que certains contrats domestiques conclus ailleurs qu'à l'Île-du-Prince-Édouard pourront être reconnus comme valables dans cette province s'ils respectent les lois qui y sont applicables.

2.3.6. Commentaires et impact sur le gel successoral

Comme nous le verrons un peu plus loin, cette loi très semblable à celle de l'Ontario inclut tous les biens acquis pendant le mariage dans la valeur nette partageable des biens matrimoniaux y compris les entreprises. Même si les dons et les héritages sont théoriquement exclus de la valeur nette partageable, il convient de s'assurer que la valeur des biens donnés est bien documentée et que, s'il s'agit de biens de remplacement, la donation originale ainsi que sa valeur nette peuvent être retracées. Si les biens donnés, à l'exception de la résidence familiale, et les actions de gel ont été acquis

avant ou pendant le mariage ou en remplacement d'un bien déjà exclu de la valeur nette des actifs familiaux partageables, ceux-ci seront automatiquement exclus.

D'un autre côté, il est possible pour les époux d'exclure les biens par la voie d'un contrat de mariage intervenu avant ou pendant le mariage. Il serait important pour les personnes qui souhaitent faire un gel successoral de vérifier la possibilité pour les bénéficiaires du gel de faire un tel contrat, si leur intention n'est de favoriser qu'un seul des époux et s'ils veulent éviter les désagréments reliés au partage éventuel des biens familiaux. Encore une fois, les recommandations touchant la mise en place d'une convention entre actionnaires sont de mise.

2.4. MANITOBA

La *Marital Property Act*²⁴ est la loi qui régit les biens matrimoniaux dans la province du Manitoba. La loi prévoit à la base une présomption donnant ouverture à un partage égal des actifs familiaux ou commerciaux des parties acquis pendant le mariage ou la vie commune ou en prévision de ce dernier. Durant le mariage toutefois, les époux sont considérés comme mariés en séparation de biens et ils peuvent disposer de leurs biens comme bon leur semble, pour autant qu'ils ne soient pas dilapidés, qu'ils ne fassent pas l'objet de donations inconsidérées ou qu'ils ne soient pas transférés contre une contrepartie inadéquate.

2.4.1. La définition de conjoint

Jusqu'au 16 septembre 2004, la loi s'appliquait uniquement à tous les époux mariés de sexe différent résidant au Manitoba ou dont la dernière résidence commune était située dans cette province, peu importe l'endroit où le mariage a été célébré. Les conjoints de fait et les époux séparés de corps avant le 6 mai 1977, sans reprise de vie commune pour plus de 90 jours depuis cette date ne sont pas soumis à cette loi. Toutefois, un jugement de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a été rendu le 16 septembre dernier, lequel déclarait inconstitutionnelle la définition de mariage contenue dans les statuts du Manitoba. Ainsi, les mariages entre personnes de même sexe sont maintenant légaux dans cette province. Par contre, la définition de la *Marital Property Act* ne comprend que les couples légalement mariés. Ceci pourrait signifier que les couples de même sexe mariés dans d'autres juridictions ou au Manitoba et qui habituellement y résident ou dont le Manitoba a été la

²⁴ R.S.M. 1987, c. M45.

dernière résidence commune pourraient réclamer le partage des biens matrimoniaux. Toutefois, cette décision ne modifie en rien le statut des conjoints de fait qu'ils soient de même sexe ou de sexe différent²⁵.

2.4.2. Les événements déclencheurs et le moment du partage

La demande de partage des biens matrimoniaux est possible du vivant, lors de la rupture du mariage et au décès d'un des conjoints. Les actifs peuvent être partagés en tout temps après qu'une demande d'inventaire et de répartition des actifs (*accounting and equalization of assets*) aura été faite par l'un des époux. La valeur de l'inventaire détenu par chacun des époux est fixée selon les critères habituels de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des biens sur un marché libre. D'autres critères peuvent être utilisés pour les biens qui ne font pas partie du domaine des biens transférables sur le marché. La date d'évaluation est fixée soit à celle qui correspond à la cessation de la vie commune, soit à la date d'introduction de la demande si les parties font toujours vie commune à ce moment.

Le partage peut se faire en valeur soit par le paiement d'une somme équivalente à la dette d'un époux envers l'autre, soit par le transfert d'un bien au lieu d'un paiement.

Dans certaines circonstances exceptionnelles, le tribunal peut ordonner un partage inégal des biens, particulièrement en ce qui concerne le partage des biens commerciaux, s'il occasionne entre autres un appauvrissement déraisonnable d'un des conjoints, le montant des dettes et les circonstances où elles ont été contractées ou encore en raison de l'existence d'une entente entre les époux. De plus, le fait pour un époux d'être propriétaire de biens de grande valeur non partageables sous le régime de la loi peut avoir un impact sur la décision du tribunal de déclarer un partage inégal des actifs familiaux.

2.4.3. Les biens inclus dans les actifs familiaux partageables

La loi définit ce qui constitue les actifs familiaux comme étant les biens personnels et réels ou un intérêt. Ceci inclut à la base à peu près tous les biens sauf quelques rares exclusions. Les actifs patrimoniaux sont divisés en deux classes distinctes, soit les biens personnels et les biens commerciaux.

²⁵ *Vogell, Cris v. Government of Manitoba*, C.B.R. Manitoba, 16 septembre 2004 (jugement rendu oralement et non encore rapporté).

Les biens personnels visés sont la résidence familiale ou tout autre bien utilisé à des fins de transport et d'habitation, les meubles meublants, les ornements, les bijoux, les épargnes, les placements et les comptes de banque dont l'usage est prévu à des fins familiales. Exception faite des polices d'assurance détenues aux fins d'une entreprise, toutes les polices d'assurance vie ou d'assurance maladie et accident, les rentes viagères ou à terme fixe, les cotisations et les rentes de retraite font partie des actifs familiaux partageables auxquels les époux peuvent prétendre. Il est indiqué clairement que la valeur des biens familiaux situés à l'extérieur de la province du Manitoba doit être incluse dans le calcul et la répartition des actifs familiaux.

Les biens commerciaux sont décrits de façon laconique comme étant ceux ne faisant pas partie des actifs familiaux, sans autre explication.

2.4.4. Les biens exclus du partage

Les biens acquis avant le mariage et non spécifiquement en vue du mariage projeté sont exclus du partage. Par contre, la plus-value accumulée sur ces biens pendant le mariage est ajoutée à la valeur partageable des actifs alors que toute dépréciation est retranchée de l'inventaire. Il en est de même des revenus générés par ces actifs.

Les biens donnés par un tiers avec l'intention de n'avantager qu'un seul des époux, que ce soit avant ou pendant le mariage, ne sont pas inclus dans le partage des biens. Ceci comprend explicitement le bénéfice d'une police d'assurance dont les primes sont acquittées par le tiers ainsi que la valeur de rachat d'une telle police. Il en est de même pour les biens provenant d'un héritage quand il peut être démontré que l'intention du donateur ou du testateur n'était pas d'avantager les deux époux.

2.4.5. Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux

Enfin, il est possible de se soustraire à l'application de la loi (*Marital Property Act*), laquelle ne s'applique pas aux ententes de séparation auxquelles sont assimilées les autres ententes entre époux comme les contrats de mariage, une quittance ou tout autre document de renonciation à une réclamation.

2.4.6. Commentaires et impact sur le gel successoral

La loi du Manitoba est quelque peu nébuleuse sur le sort réservé aux contestations lors d'une demande de répartition des biens familiaux. Il

semble clair toutefois que la valeur des biens reçus d'une donation par un tiers du vivant ainsi que ceux acquis par héritage ne sera pas prise en compte lors du calcul de la valeur partageable des actifs familiaux. De plus, il semble que contrairement à la Colombie-Britannique, la discrétion des tribunaux pour intervenir et modifier une entente ou pour mitiger le terme du partage soit plus limitée. De ce fait, la détention d'actions de gel ou d'un droit de bénéficiaire dans une fiducie familiale pourrait ne pas être incluse dans les actifs familiaux partageables lorsqu'il peut être clairement établi que le donateur ou le testateur avait l'intention de n'avantager qu'un seul des époux ou que le non-partage a été clairement établi dans un contrat de mariage ou une entente de séparation valide intervenu entre les époux.

2.5. NOUVEAU-BRUNSWICK

C'est le 1^{er} janvier 1981 que la province du Nouveau-Brunswick a promulgué en vigueur une législation prévoyant le partage des biens matrimoniaux, la *Marital Property Act*²⁶.

2.5.1. La définition de conjoint

Jusqu'à maintenant, seuls les couples légalement mariés sont visés par la loi, ce qui exclut les conjoints de fait et les conjoints de même sexe. De même, seuls les couples ayant maintenu leur résidence commune dans la province ou lorsqu'un des conjoints y est demeuré pourront prétendre à l'application de la loi sur le partage de leur bien.

2.5.2. Les événements déclencheurs et le moment du partage

La loi prévoyant la division des biens s'applique aux époux au moment de leur divorce ou de leur séparation légale ou de fait sans espoir raisonnable de réconciliation. Le partage peut aussi survenir au décès, l'époux survivant étant en droit de réclamer la division des biens matrimoniaux en parts égales contre la succession du décédé.

²⁶ S.N.B. 1980, c. M1.1.

2.5.3. Les biens inclus dans les actifs familiaux partageables

De façon générale, sont inclus dans les biens matrimoniaux le logement, les meubles meublants ainsi que ceux utilisés à des fins de transport, d'éducation, de récréation ou autres par les époux et un ou plusieurs de leurs enfants pendant la vie commune.

Les biens matrimoniaux sont composés de ceux qui ont été acquis par l'un ou l'autre des époux pendant le mariage ou en vue de ce dernier. La liste des biens matrimoniaux établie par la loi inclut la résidence familiale, l'argent et les épargnes utilisés pour les besoins de la famille, les actions dans une société détenues par un des époux ainsi qu'un intérêt dans une fiducie ou une société de personnes, le bien dans lequel l'époux a un droit d'être appelé, le bien dans lequel l'époux a retenu certains droits après en avoir disposé.

2.5.4. Les biens exclus du partage

Sont exclus d'office les actifs d'une entreprise, les dons entre époux y compris le revenu généré par ces biens, les dons et legs dévolus à un seul des époux par un tiers ainsi que les revenus générés par ce bien, les biens de remplacement des actifs non familiaux. Le tribunal a le pouvoir d'exclure certains biens du partage des biens familiaux s'il est d'opinion que son inclusion serait injuste ou inéquitable eu égard à la contribution de l'époux qui ne détient pas de titre dans le bien, la période où la cohabitation a duré, et l'existence d'une entente ou d'un arrangement voulant que l'utilisation d'un bien par le conjoint ou les enfants ne nuise pas aux droits de l'époux qui en est propriétaire.

2.5.5. Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux

La loi permet aux époux, d'un commun accord, d'exclure certains biens par un « contrat domestique ». Toutefois, il demeure que le tribunal a le pouvoir de déclarer un partage inégal s'il est d'opinion qu'un partage égal entraînera une iniquité en tenant compte de certains éléments comme l'existence d'un contrat domestique, la durée de la cohabitation et de la séparation des parties, la date d'acquisition du bien, s'il s'agit d'une donation ou d'un legs en faveur d'un des époux seulement ou toutes autres circonstances reliées à l'acquisition, la disposition, l'usage, la maintenance et l'amélioration du bien concerné.

2.5.6. Commentaires et impact sur le gel successoral

Une fois encore, le tribunal possède tous les pouvoirs de déclarer un partage inégal des biens familiaux ou encore d'intervenir si des ententes ou des contrats domestiques intervenus entre conjoints peuvent sembler être injustes ou créer des iniquités à l'égard de l'un d'eux. Il semble clair toutefois que les biens acquis à la suite d'une donation entre conjoints ou par un tiers du vivant ainsi que les legs ne seront pas pris en compte aux fins du partage. Il semble toutefois prudent pour les conjoints de confirmer cette exclusion par le biais d'un contrat domestique en bonne et due forme. Il faut quand même garder en mémoire les pouvoirs des tribunaux qui pourront toujours substituer leur jugement aux ententes entre les parties et ordonner le partage de biens non inclus dans les biens familiaux pour motif, entre autres, que l'un des époux a contribué de façon indue à l'appauvrissement des biens matrimoniaux.

2.6. NOUVELLE-ÉCOSSE

La *Matrimonial Property Act*²⁷ est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1980. Il n'y avait pas de loi antérieure régissant les droits sur les biens matrimoniaux dans cette province. L'objectif poursuivi par la loi est de promouvoir l'intégrité de la famille et de reconnaître l'égalité de l'apport des époux dans le mariage peu importe la nature de ces apports. De plus, la loi veut établir des lignes directrices pour un partage équitable des biens.

2.6.1. La définition de conjoint

La loi vise les couples mariés uniquement. En ce qui concerne les couples de même sexe, un jugement a été rendu le 24 septembre 2004, par lequel les dispositions prohibant le mariage entre partenaires de même sexe ont été déclarées inconstitutionnelles²⁸. Ceci signifie donc que les époux mariés de même sexe pourraient dorénavant se prévaloir des dispositions de la *Matrimonial Property Act* et ainsi avoir le droit de réclamer le partage des biens inclus dans les actifs familiaux.

²⁷ R.S.N.S. 1989, c. 275.

²⁸ *Boutillier c. Procureur général de la Nouvelle-Écosse*, 24 septembre 2004 (non encore rapporté).

2.6.1.1. *Domestic partnership*

La Nouvelle-Écosse a modifié certains de ses statuts en 2001²⁹ pour permettre aux couples de même sexe et aux couples hétérosexuels non mariés d'enregistrer une *domestic-partner declaration* auprès du *Province's Registrar General* de façon à créer un *domestic partnership* reconnu par la loi. Cet enregistrement disponible aux résidents de la Nouvelle-Écosse et aux personnes qui y détiennent des biens immobiliers fait en sorte que les *domestic-partners* peuvent jouir de tous les droits et être tenus aux obligations reconnues aux personnes mariées par la *Matrimonial Property Act*. Il est à noter toutefois qu'en cas de défaut d'enregistrement de la déclaration, celle-ci vaut entre les parties.

Ceci n'ouvre toutefois pas la porte à de telles revendications par les conjoints de fait, qu'ils soient de même sexe ou de sexe différent et quelle que soit la durée de leur cohabitation. En effet, en 2002, la Cour suprême du Canada³⁰, dans une demande visant à faire déclarer inconstitutionnelle la définition de conjoint telle que contenue à l'article 2g) de la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse, au motif qu'elle est discriminatoire parce qu'elle ne permet pas aux conjoints de fait de bénéficier de la présomption de partage égal des biens matrimoniaux, a jugé que cette définition n'est pas discriminatoire eu égard au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, car la liberté de choix d'un couple de se marier ou de ne pas se marier est primordiale. En choisissant de ne pas se marier, un couple choisit de ne pas être soumis aux lois visant le partage des actifs familiaux. Par contre, il conserve la liberté de prévoir le partage des biens par la signature d'un contrat familial et la détention de biens en copropriété. Il est à noter que le Procureur général de l'Ontario, du Québec, de la Colombie-Britannique et de l'Alberta ont agi à titre d'intervenants dans ce dossier.

2.6.2. Les événements déclencheurs et le moment du partage

Les règles du partage sont applicables lors de la terminaison du mariage en raison de la séparation, du divorce, d'un jugement de nullité de mariage ou du décès de l'un des époux. Chacun des époux peut introduire une

²⁹ *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, c. 29, Part X et *Justice Administration Amendment (2001) Act*, S.N.S. 2001, c. 5, Part XI, lesquels modifient l'article 53(4) du *Vital Statistic Act*.

³⁰ *Walsh*, précité, note 10.

demande de partage auprès du tribunal, peu importe lequel des deux est propriétaire des biens. De façon générale, la demande de partage est introduite en même temps que la demande en divorce.

2.6.3. Les biens inclus dans le partage

La loi ne crée pas un droit de propriété dans les biens mais bien une réclamation dans la valeur de ceux-ci. Chaque époux demeure propriétaire de ses biens et en conserve la gestion sauf en ce qui concerne la résidence familiale. Il existe une présomption réfragable voulant que tous les biens acquis avant ou pendant le mariage par un seul ou les deux époux soient des biens matrimoniaux sous réserve d'exclusion.

L'évaluation d'un bien soumis au partage des actifs familiaux se fait normalement à sa valeur marchande en tenant compte des impacts fiscaux et des coûts reliés à une éventuelle disposition du bien concerné. De plus, les dettes du ménage doivent être comptabilisées.

Enfin, les actifs familiaux peuvent faire l'objet d'un partage inégal ou les actifs non familiaux peuvent être pris en compte lorsqu'un partage égal pourrait donner lieu à une situation injuste et inéquitable. La loi propose certaines lignes directrices pour aider les tribunaux à décider du partage inégal comme entre autres, l'appauvrissement déraisonnable des biens matrimoniaux à cause des agissements d'un des conjoints, le total des dettes et la responsabilité de chacun des époux dans ces dernières, l'existence d'un contrat de mariage ou d'une entente de séparation, la durée du mariage et de la cohabitation, la contribution de l'un des époux au mariage et à la famille. Le partage égal des biens matrimoniaux est la règle, tandis que le bien-fondé d'un partage inégal doit être démontré par celui des époux qui le demande.

2.6.4. Les biens exclus du partage

Certains biens sont spécifiquement exclus du partage. Il convient toutefois de noter que les dispositions touchant les exclusions sont interprétées de façon restrictive par les tribunaux. Les biens exclus sont les dons et les héritages reçus avant ou pendant le mariage, les droits dans une fiducie reçus par un seul des époux d'une tierce personne à condition que ces biens n'aient pas été utilisés pour le bénéfice des deux époux et des enfants, le produit d'une police d'assurance vie payable à l'un des époux, les biens personnels, les actifs d'une entreprise, les biens spécifiquement exclus du partage par un contrat de mariage ou une entente de séparation et les biens acquis après la séparation.

Le « test d'usage » applicable pour déterminer si un bien doit être ou non exclu de la catégorie des biens matrimoniaux partageables est particulièrement large. En effet, il suffit d'établir qu'il est de l'intention commune du couple que les biens soient utilisés pour les besoins de la famille, même si dans les faits un tel usage ne s'est jamais concrétisé pendant le mariage. Les actifs d'affaires sont spécifiquement définis dans la loi. Il peut s'agir d'une entreprise, de placements ou d'autres actifs productifs de revenus, à condition qu'ils soient détenus dans le but de générer un profit. Pour se qualifier comme tels, les biens doivent être utilisés dans une aventure commerciale. Ceci exclut toutefois les comptes de chèque et d'épargne avec des institutions financières. Pour se qualifier à titre d'actifs d'entreprise, les biens susceptibles de générer un gain doivent être détenus non pas dans l'espoir d'un profit mais bien dans le but de tirer un profit, sinon ils seront qualifiés de biens matrimoniaux.

Les actifs non familiaux, dont les actifs d'affaires, peuvent faire l'objet d'une exception et être inclus dans un partage si les circonstances propres au couple le justifient. C'est l'époux qui demande le partage qui doit faire la preuve de ces circonstances.

2.6.5. Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux

La *Matrimonial Property Act* définit le contrat de mariage. La loi permet aux époux de conclure un contrat de mariage établissant leurs droits et obligations pendant la durée de ce dernier, lors d'une rupture et au décès. Le contrat doit être par écrit et signé par les parties devant témoins. Les biens matrimoniaux incluant la résidence familiale peuvent être exclus du partage par le biais d'un tel contrat, la loi prévoyant un droit de possession dans ce bien et non un droit de propriété. Les parties doivent s'assurer que le contrat est équitable, qu'il a été négocié en toute connaissance de cause, sans influence induite ou autres situations coercitives et qu'il est exempt de fraude.

2.6.6. Commentaires et impact sur le gel successoral

La loi de la Nouvelle-Écosse a ceci d'intéressant qu'elle a été la première au Canada à reconnaître un mécanisme d'enregistrement procurant à la fois aux conjoints hétérosexuels non mariés et aux conjoints de même sexe la possibilité de réclamer des droits dans les biens matrimoniaux de la même façon que les conjoints mariés.

Malgré le fait que le tribunal possède les pouvoirs de déclarer un partage inégal des biens familiaux, la règle établie selon laquelle tous les biens, y

compris ceux acquis avant le mariage, sont des biens matrimoniaux sous réserve que l'exclusion en soit démontrée. L'exclusion des biens reçus par donation ou héritage incluant les droits dans une fiducie semble acquise sous réserve de remplir les tests « d'usage ». S'il peut être démontré que ces biens sont utilisés par les deux époux ou par les enfants, ceux-ci pourraient perdre l'avantage de l'exception et être inclus dans les biens partageables comme ce pourrait être le cas d'un chalet. Il semble toutefois prudent pour les conjoints qui ne désirent pas exécuter un partage sur ces biens de confirmer cette exclusion par le biais d'un contrat de mariage en bonne et due forme.

Les actions de société et les droits de bénéficiaire dans une fiducie familiale à la suite d'un gel successoral pourraient faire partie de ces exclusions sur la base légale. Il faut quand même garder en mémoire les pouvoirs des tribunaux qui pourront toujours substituer leur jugement aux ententes entre les parties et ordonner le partage de biens non inclus dans les biens familiaux dans certaines circonstances particulières. Il serait encore une fois prudent de faire concourir les parties à une convention entre actionnaires en bonne et due forme.

2.7. ONTARIO

C'est le 1^{er} mars 1986 qu'est entrée en vigueur la *Family Law Act*, laquelle prévoit des règles particulières concernant le partage des biens matrimoniaux en Ontario. La politique qui sous-tend ces dispositions veut reconnaître à la fois l'égalité des époux dans le mariage et le fait que le mariage constitue une forme de partenariat. Ce principe de l'association comme partenaires est amplifié par la présomption légale voulant que tous les biens accumulés par les époux pendant le mariage doivent être partagés également, sous réserve de certaines exceptions comme nous le verrons ci-après. De plus, cette législation vient établir un exercice limité de la discrétion judiciaire³¹. La loi établit que la demande « de répartition » (*equalization*) des biens matrimoniaux se fait sur leur valeur nette.

2.7.1. La définition de conjoint

Aux fins du partage des biens matrimoniaux, la loi définit les époux comme étant un homme et une femme mariés l'un à l'autre. Par contre, la Cour d'appel de l'Ontario a aussi déclaré inconstitutionnelle la définition du mariage, limitant l'accès à cette institution aux couples de sexe différent, et a

³¹ *Skrly c. Skrlj*, (1986) 2 R.F.L. (3^e) 205 (Ont. H.C.).

ordonné de modifier la définition du mariage en conséquence³². Il faut donc s'attendre à ce que les dispositions de la *Family Law Act* s'appliquent aussi aux couples de même sexe lorsqu'ils ont contracté un mariage en bonne et due forme.

Un époux, un ancien époux ou le représentant légal d'un époux décédé peut introduire la demande relativement à la répartition de la valeur nette des biens matrimoniaux. Un époux survivant doit, dans les six mois du décès, faire un choix à savoir s'il désire se soumettre au testament du décédé ou faire une demande pour la répartition de la valeur nette des biens.

2.7.2. Les événements déclencheurs et le moment du partage

La séparation, le divorce, la nullité du mariage, la demande de répartition de la valeur nette des biens matrimoniaux ou le décès de l'un des époux constituent les éléments donnant ouverture au partage. La demande doit être faite dans les deux années suivant un jugement de divorce ou de nullité de mariage, dans les six ans suivant la date de la séparation de fait des parties ou dans les six mois suivant le décès de l'un des époux. Ce délai peut toutefois être prolongé par la cour si nécessaire.

La date d'établissement de la valeur nette des biens matrimoniaux est fixée par la loi. Elle correspond à la date de l'événement survenu en premier, que ce soit la date de la séparation sans reprise de cohabitation, celle du décret de divorce, du jugement de nullité de mariage, la date où une demande de répartition de la valeur nette des biens matrimoniaux a été présentée au tribunal ou le décès d'un des époux.

2.7.3. Les biens inclus dans le partage

Les biens à être inclus dans le partage des biens familiaux sont définis très largement par la loi comme englobant un intérêt présent et futur, acquis ou conditionnel dans des biens réels ou personnels comprenant ceux sur lesquels un époux a un droit d'être appelé, ceux dont il a disposé avec un droit de retour et les droits acquis dans un régime de retraite.

³² *Halpern c. Procureur général du Canada*, C.A. Ont., 10 juin 2003, Docket n^{os} C39172 et C39174.

La valeur nette des biens détenus par un époux est calculée en déduisant ses dettes et la valeur nette des biens possédés à la date du mariage autrement que la résidence familiale.

Peuvent aussi être inclus les biens utilisés généralement par la famille même si les titres de propriété sont détenus par des tiers comme une société par actions.

2.7.4. Les biens exclus du partage

Les biens reçus par donation ou héritage d'une tierce partie après la date du mariage sont exclus des biens matrimoniaux ainsi que les revenus générés par de tels biens, à condition que le donateur ou le testateur l'ait prévu expressément. Sont aussi exclus le produit du capital-décès d'une assurance vie et le droit de recevoir un tel produit et les biens acquis avec des biens ne faisant pas partie des biens matrimoniaux, à condition que la source puisse être retracée. Il est à noter toutefois que la résidence familiale ne peut faire partie d'aucune des exclusions prévues plus haut.

Il est aussi possible pour le tribunal d'ordonner le partage inégal des biens s'il est d'avis qu'une répartition égale serait déraisonnable eu égard à des circonstances précises comme le défaut d'un des époux de divulguer ses dettes au moment du mariage, les dettes engagées par un époux en raison de sa négligence ou de sa mauvaise foi, les dons faits par un conjoint à l'autre, la dilapidation des biens familiaux par un époux, le fait qu'un mariage ait duré moins de cinq ans, le fait qu'un époux ait contracté des dettes importantes aux fins du soutien à être apporté à la famille, une entente écrite autre qu'un « contrat domestique », enfin d'autres circonstances ayant trait à l'acquisition, la disposition, la préservation, la maintenance et l'amélioration des biens.

2.7.5. Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux

Les époux mariés ou qui désirent se marier ainsi que les conjoints de fait peuvent conclure une entente relativement à leurs droits et obligations respectifs pendant le mariage et au moment de la rupture. Une entente de cohabitation tout comme un contrat de mariage peuvent contenir des dispositions relativement à la propriété des biens et à leur partage, aux obligations alimentaires et à l'éducation des enfants. Une entente de cohabitation pourra devenir un contrat de mariage advenant le mariage subséquent des conjoints de fait. Aucune disposition du contrat de mariage ne peut toutefois viser la résidence familiale quant au droit des époux d'en

avoir la possession et de consentir à tout droit ou privilège pouvant l'hypothéquer. Les époux sont toutefois libres d'en prévoir le droit de propriété et s'ils sont d'accord, de l'exclure de la valeur nette des biens matrimoniaux. Seules les ententes de séparation peuvent toutefois prévoir l'obligation alimentaire et la garde des enfants en plus du partage des biens.

La règle indique que les modalités prévues à la *Family Law Act* peuvent être mises de côté par un contrat domestique, reflétant ainsi une volonté de ne pas intervenir dans les affaires privées d'un couple. Certains contrats domestiques conclus ailleurs qu'en Ontario peuvent aussi être valides à condition de remplir les critères de la loi ontarienne³³.

2.7.6. Commentaires et impact sur le gel successoral

La loi de l'Ontario inclut à peu près tous les biens y compris les entreprises acquises pendant le mariage dans la valeur nette partageable des biens matrimoniaux. Même si les dons et les héritages sont théoriquement exclus de la valeur nette partageable, il convient de s'assurer que la nature et la valeur des biens donnés sont bien établies et que s'il s'agit de biens de remplacement, la donation originale ainsi que sa valeur nette sont bien documentées.

D'un autre côté, il est possible pour les époux d'exclure les biens par la voie d'un contrat de mariage intervenu avant ou pendant le mariage. Il serait important pour les personnes qui souhaitent faire un gel successoral de vérifier la possibilité pour les bénéficiaires du gel de faire un tel contrat, si leur intention n'est de favoriser qu'un seul des époux et s'ils veulent éviter les désagréments reliés au partage éventuel des biens familiaux.

Il est aussi intéressant de constater que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux pour intervenir et modifier les ententes est limité. Il est donc important, comme mentionné plus haut, de bien documenter la question des biens exclus.

En termes de planification, il est important de noter que les revenus des biens reçus à titre de don ou d'héritage sont exclus du partage des biens familiaux de prime abord. Cette exclusion des revenus ne tient plus lorsque les actions ont été acquises comme biens de remplacement. Il est donc préférable de donner les actions d'une société si des dividendes sont payés dans l'avenir plutôt qu'un montant d'argent pour les acquérir. Cette situation

³³ *Family Law Act*, op. cit., note 4, art. 58.

ferait en sorte que les dividendes seraient inclus dans les actifs familiaux partageables.

2.8. SASKATCHEWAN

La loi de la Saskatchewan applicable aux relations entre époux en ce qui concerne les biens patrimoniaux est la *Family Property Act*³⁴. Il est intéressant de constater que cette loi étant plus récente que les autres contient une définition « d'époux » beaucoup plus large et qu'il n'y est pas fait état d'une relation entre un homme et une femme, mais bien entre deux personnes, y compris des conjoints de fait. De plus, tout comme la législation de la Colombie-Britannique, cette dernière n'établit à peu près pas de limite aux biens susceptibles de faire partie du patrimoine familial, incluant les actifs d'entreprise, et donne de larges pouvoirs discrétionnaires aux tribunaux pour réviser les actes posés par les époux.

Une fois encore, cette loi poursuit l'objectif de reconnaître que le soin des enfants, la conduite du ménage et le soutien financier relèvent de la responsabilité conjointe et partagée des époux et que de ce fait, chacun d'eux a droit à une distribution égale des biens familiaux.

2.8.1. La définition de conjoint

La loi de la Saskatchewan inclut dans la définition d'époux les personnes légalement mariées ainsi que deux personnes qui cohabitent ou qui ont cohabité ensemble comme des époux pendant une période continue d'au moins deux ans. Le texte de la loi ne fait pas de distinctions à savoir s'il s'agit de personnes de même sexe ou de sexe différent.

De plus, un époux survivant à la suite du décès de l'autre époux est aussi inclus dans cette définition.

2.8.2. Les événements déclencheurs et le moment du partage

Le partage des biens familiaux s'effectue sur demande introduite par l'un des époux auprès du tribunal compétent. Contrairement aux autres juridictions où la réclamation est ouverte par la rupture du mariage ou le décès, la loi de la Saskatchewan semble permettre qu'une demande de partage puisse être introduite pendant la durée du mariage ou de la

³⁴ 2001, c. 51., s. 11.

cohabitation des conjoints. Une demande de partage des biens familiaux peut être introduite au décès d'un des époux par l'époux survivant ou être continuée par le représentant légal de l'époux décédé. La demande par l'époux survivant doit être introduite dans les six mois suivant l'obtention des lettres d'homologation par la succession de l'époux décédé. Aucune distribution de biens ne peut être faite à la succession de l'époux sans le consentement de l'époux survivant.

Le partage s'effectue sur la JVM des biens au moment de l'introduction de la demande ou à celui où le jugement sera rendu, suivant le bon jugement du tribunal.

2.8.3. Les biens inclus dans le partage

Il est à noter que la définition des biens considérés comme étant des biens familiaux est extrêmement large. Y sont englobés tous les biens dont l'un des époux ou les deux sont propriétaires seuls ou avec un tiers ou dans lesquels ils ont un intérêt à la date d'introduction de la demande de partage. Sans limiter la généralité de la définition donnée plus haut, ceci inclut les actions ou autres intérêts possédés dans une société ou dans une fiducie, une société de personnes, tout bien dans lequel l'époux a un droit d'élire, les biens dont le conjoint a disposé et sur lesquels il a un droit de révocation, la résidence familiale et les biens familiaux qui ont été donnés sans le consentement de l'autre conjoint ou transférés sans contrepartie suffisante dans les deux années précédant la date d'introduction de la réclamation. Dans de telles circonstances, le tribunal a discrétion pour ordonner que le bien ainsi disposé soit considéré comme faisant partie de la part de l'époux dans les biens familiaux ou encore pour ordonner au bénéficiaire du don ou du transfert de céder en tout ou en partie le bien à l'un des époux.

Il existe une présomption légale voulant que tout bien soit partageable sauf s'il est établi à la satisfaction de la cour qu'il est exempt du partage.

2.8.4. Les biens exclus du partage

La JVM des biens possédés par l'un des époux au début de la relation conjugale ainsi que celle des biens de remplacement sont exemptes du partage des biens familiaux à l'exception de la résidence familiale et des meubles meublants. Les biens possédés par un des époux avant le mariage peuvent aussi être exclus tout comme les biens acquis avant le mariage par donation ou héritage provenant d'un tiers, sauf s'il peut être démontré que le don a été fait avec l'intention d'avantager les deux parties. Le produit d'une police d'assurance vie ou accident payable à l'un des époux fait partie des

biens exemptés, sauf s'il s'agit d'une compensation payable aux deux époux. Il est à noter que les revenus provenant de biens exemptés sont aussi exemptés du partage. Enfin, la loi permet certaines exclusions lorsque les parties ont conclu une entente à cet effet.

En tout état de cause, le tribunal a une large discrétion pour déterminer si oui ou non un bien est inclus dans le partage ou pour décider d'un partage inégal dans le cas où un partage égal serait inéquitable ou injuste pour l'un des époux, même s'il a été disposé du bien en conformité avec les termes d'un contrat entre conjoints.

2.8.5. Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux.

Les contrats entre conjoints (*interspousal contracts*) sont présumés lier les parties qu'il y ait ou non une considération valable qui y soit attachée. Ceux-ci peuvent prévoir la possession, le statut, le droit de propriété, la disposition ou la distribution des biens familiaux existants et de ceux à être acquis dans l'avenir. Ils peuvent aussi convenir du partage des biens entre époux en tout temps incluant au moment de la séparation, de la dissolution du mariage ou de la déclaration de nullité du mariage.

Pour être valables, ces contrats doivent être faits par écrit, signés par les parties et attestés par un témoin. Comme ces contrats lient les parties, celles-ci doivent faire une déclaration officielle hors de la présence l'une de l'autre et devant un témoin montrant qu'elles comprennent la nature et les effets du contrat, qu'elles sont au courant des réclamations possibles en relation avec la *Marital Property Act* et qu'elles sont d'accord pour renoncer à ces réclamations. Un tel contrat peut être conclu avant le mariage ou le commencement de la vie commune dans le cas de conjoints de fait, mais les dispositions ne seront effectives qu'après. Un contrat entre conjoints peut être amendé, modifié ou annulé en tout temps et remplacé par un nouveau qui aura préséance sur l'ancien s'il est fait en conformité avec la loi.

2.8.6. Commentaires sur l'impact de ces dispositions sur un gel successoral éventuel

La loi de la Saskatchewan exclut des biens familiaux partageables uniquement ceux acquis par donation ou héritage avant le mariage ou le commencement de la vie commune. Comme les biens matrimoniaux incluent les actions de société et les intérêts dans une fiducie discrétionnaire ou non, les actions de gel pourront être exclues du partage uniquement si les deux époux acceptent de le faire par le biais d'un contrat entre conjoints en bonne

et due forme. Même si ces contrats lient les parties, il faut garder en mémoire que les tribunaux peuvent intervenir pour déclarer un partage inégal ou exclure certains biens s'ils considèrent qu'un partage égal ou que le contrat entre conjoints crée une situation injuste ou inéquitable pour un des époux. La discrétion du tribunal est toutefois plus limitée qu'en Colombie-Britannique, car le contrat est présumé lier les parties après avoir été signé en connaissance de cause par celles-ci.

Le fait pour un époux d'avoir reçu par voie de donation des actions d'une société ou un droit de bénéficiaire dans une fiducie dans le cadre d'un gel successoral n'exclut en rien que ces biens soient inclus dans les biens familiaux partageables en cas de rupture. Dans de telles circonstances, l'auteur du gel doit être conscient qu'une réclamation éventuelle du conjoint pourrait survenir en cas de rupture du mariage ou de décès du bénéficiaire qui pourrait nuire à ses affaires personnelles. Il est encore une fois recommandé d'avoir en place une convention entre actionnaires.

2.9. TERRE-NEUVE ET LE LABRADOR

La législation applicable dans cette province, la *Family Law Act*³⁵, est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1989. En plus d'établir les règles applicables au partage des biens familiaux, cette législation régit aussi l'obligation alimentaire et les contrats domestiques. Il y est reconnu formellement le principe voulant que les conjoints aient une responsabilité commune dans la conduite des affaires du ménage et qu'ils doivent y contribuer financièrement ou autrement, ce qui donne droit à un partage égal des biens matrimoniaux acquis pendant la durée du mariage.

Chacun des époux pourra rechercher un partage égal de la valeur des biens matrimoniaux lors de la terminaison du mariage. Il ne s'agit pas d'un droit de propriété dans le bien mais bien d'un droit dans la valeur de ce dernier.

2.9.1. La définition de conjoint

Le partage des biens matrimoniaux ne peut être réclamé que par les époux légalement mariés. Il est expressément prévu que ces dispositions ne s'appliquent d'aucune façon aux conjoints de fait, peu importe le nombre d'années où ils ont cohabité, non plus qu'aux couples de même sexe. Par

³⁵ R.S.N. 1990, c. F-2.

contre, lorsque des conjoints de fait se marient, leur période de cohabitation sera prise en compte au moment du partage des biens.

2.9.2. Les événements déclencheurs et le moment du partage

Le partage des biens matrimoniaux intervient du vivant des époux, lors de la rupture du mariage, si cette dernière survient en raison de la séparation sans espoir raisonnable de réconciliation, lors de l'introduction d'une requête en divorce ou au moment de la déclaration de la nullité du mariage. La demande en partage s'ouvre aussi par le décès d'un des époux.

L'introduction de la demande en partage doit se faire à différentes périodes suivant les circonstances, soit dans les deux ans suivant le moment où le mariage prend fin légalement, dans les six ans de la séparation de fait ou trois ans après le premier décès à survenir.

2.9.3. Les biens inclus dans le partage

La résidence familiale ainsi que tous les biens acquis par l'un ou l'autre des conjoints pendant la durée du mariage sont inclus dans les biens matrimoniaux partageables sauf les exceptions ci-après. Certains biens acquis avant le mariage peuvent être convertis en biens matrimoniaux dépendant de l'intention des parties et de l'usage qui en est fait. Les régimes de retraite des employeurs et les régimes enregistrés d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») sont spécifiquement décrits comme faisant partie des biens partageables. Lorsque des biens personnels sont investis dans des biens matrimoniaux comme la résidence familiale ou les régimes de retraite, ces sommes ne seront pas exclues du partage. Il en est de même d'autres actifs comme les obligations d'épargne, les régimes de participation dans les profits d'une entreprise, les contrats d'assurance vie et certains bénéfices d'invalidité.

2.9.4. Les biens exclus du partage

La loi prévoit spécifiquement l'exclusion de certains actifs comme les dons et les héritages, les droits dans une fiducie reçus d'une personne autre que le conjoint ainsi que la plus-value accumulée sur ces biens, à condition qu'ils aient été dévolus pendant le mariage, les effets personnels, les biens d'une entreprise et les biens de famille.

Les actifs d'une entreprise tels que définis par la loi sont exclus des biens patrimoniaux. Il s'agit des biens détenus principalement aux fins ou en

relation avec la poursuite d'un objectif commercial. Il peut aussi s'agir d'investissements ou d'autres biens détenus dans le but de produire un revenu ou un profit. Le tribunal a déjà jugé qu'un immeuble à logements peut être classifié comme un actif d'entreprise, alors qu'un lopin de terre détenu en vue de réaliser un gain en capital serait un bien matrimonial³⁶. Ces biens sont exclus sous réserve de la réclamation que pourrait avoir un époux relativement à sa contribution dans l'entreprise.

Les actifs d'une entreprise peuvent être convertis en biens matrimoniaux dans certaines circonstances par exemple, le fait d'investir les profits générés par la vente de l'entreprise de façon à produire les revenus dont les époux ont besoin pour vivre. De plus, ceux-ci peuvent servir à compenser la créance d'un des époux relativement aux biens matrimoniaux

Malgré le fait que les tribunaux soient peu enclins à prendre ce genre de décision, la loi leur permet d'ordonner un partage inégal lorsque certaines conditions sont remplies et qu'un partage égal entraînerait une situation grossièrement injuste et déraisonnable. Les facteurs à considérer sont, entre autres, les revenus ou la capacité de chacun d'en générer, les biens possédés et les ressources financières disponibles pour l'avenir, les responsabilités financières et les besoins de chacun, le niveau de vie des époux durant le mariage, l'âge de chacune des parties, la durée du mariage, l'appauvrissement indu ou la dilapidation des biens familiaux, l'état de santé des époux et la période de temps pendant laquelle les parties ont vécu séparées. Le fardeau de prouver qu'un partage égal des biens matrimoniaux est inapproprié repose sur la partie qui l'invoque évidemment.

2.9.5. Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux

Il est possible pour les époux de consentir à des ententes de cohabitation, des contrats de mariage ou de paternité et à des ententes de séparation à condition que ceux-ci soient par écrit et signés devant témoins. Ces ententes ou contrats peuvent toutefois être soumis à la sanction des tribunaux.

2.9.6. Commentaires et impact sur le gel successoral

Il est clair que les actions d'une société et le droit de bénéficiaire dans une fiducie quand ils proviennent d'un don ou d'un legs consenti par un tiers

³⁶ *Family Law Act, id.*, al. 18(1)(a); *Lawrence v. Lawrence*, (1981) 25 R.F.L. (2^e) 130.

sont spécifiquement exclus des biens matrimoniaux partageables. Ceci ne signifie pas pour autant que les pouvoirs des tribunaux soient limités face à ces biens. Même s'il semble à la lumière des décisions rendues que ceux-ci soient peu enclins à intervenir pour juger autrement que du partage égal des biens familiaux à toutes fins utiles, il faut faire attention aux dispositions exorbitantes permettant de déclarer un partage inégal ou de compenser des actifs familiaux par des actifs non familiaux. La détention d'actions de gel ou d'un droit de bénéficiaire dans une fiducie familiale ne serait pas incluse dans les actifs familiaux partageables. Il serait prudent pour le donateur ou le testateur d'établir clairement son intention de n'avantager qu'un seul des époux et de mettre ce non-partage comme condition à la donation. De plus, l'établissement d'un contrat de mariage entre les époux et d'une convention entre actionnaires entre l'auteur et les bénéficiaires du gel ou la fiducie sont tout à fait souhaitables.

2.10. TERRITOIRES DU NORD-OUEST

Les relations matrimoniales et les règles concernant le partage des biens matrimoniaux sont régies par la *Family Law Act*³⁷.

2.10.1. La définition de conjoint

Sont considérées comme conjoints sous la loi les personnes qui sont mariées l'une à l'autre et les conjoints de fait qui ont vécu ensemble pour une période d'au moins deux ans ou qui sont les parents naturels ou adoptifs d'un enfant. Il est à noter que la définition ne fait pas de distinction entre les unions entre personnes de même sexe et celles de sexe différent. Fait intéressant cependant, les mariages polygames ou à caractère polygame sont reconnus aux fins de la loi, lorsque valables dans les juridictions où ils ont été célébrés.

2.10.2. Les événements déclencheurs et le moment du partage

Le divorce, la nullité du mariage ou la séparation sans espoir de reprise de la cohabitation constituent des motifs pour demander le partage des biens matrimoniaux. Toutefois ce partage peut être demandé même si la vie commune continue, le tribunal peut alors fixer des paramètres différents et les parties peuvent régir leurs relations futures à travers un contrat domestique.

³⁷ S.N.W.T., 1997 c. 18, telle que modifiée.

Au décès, la part du conjoint décédé dans les biens matrimoniaux est supérieure à celle du survivant, ce dernier peut introduire une demande de répartition contre la succession.

2.10.3. Les biens inclus dans le partage

La description des biens susceptibles de partage comprend à peu près tous les biens du couple, y compris les actifs d'entreprise, sauf ceux qui sont spécifiquement exclus par une disposition de la loi.

2.10.4. Les biens exclus du partage

Sont exemptés les biens possédés au moment du mariage ou au début de la cohabitation telle que définie dans la loi. De plus, les parties peuvent exclure d'autres biens par le biais d'un contrat domestique selon leur convenance. Par contre, encore une fois, le tribunal a discrétion pour décider d'un partage inégal s'il est d'avis qu'un partage égal serait injuste ou inéquitable pour une des parties eu égard aux circonstances précises prévues par la loi. La personne qui réclame l'exclusion a le fardeau de la preuve.

2.10.5. Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux

Les contrats domestiques comprennent entre autres, les ententes de cohabitation, les contrats de mariage et les ententes de séparation. Les parties peuvent, par le biais d'un contrat de mariage ou d'une entente de cohabitation intervenu par écrit, signé et attesté par témoins, déterminer entre autres, la propriété et les modalités de partage des biens matrimoniaux.

2.10.6. Commentaires et impact sur le gel successoral

Comme les biens acquis par don ou héritage non plus que les revenus qui en sont tirés ne sont exclus du partage par une disposition précise de la loi, il est clair que seules les dispositions d'un contrat de mariage ou d'une entente de cohabitation en bonne et due forme permettront d'exclure les actions de gel ou le droit de bénéficiaire dans une fiducie familiale du partage éventuel des biens matrimoniaux.

2.11. YUKON

La *Family Property and Support Act*³⁸ du Yukon vient aussi reconnaître les grands principes de l'égalité des contributions faites par chacun des époux dans le mariage et leur droit à un partage égal des actifs familiaux.

2.11.1. La définition de conjoint

Cette définition se résume à un homme et une femme qui sont mariés l'un à l'autre ou qui ont vécu ensemble dans une relation conjugale malgré que leur mariage ne soit nul ou annulable par ailleurs. Tout comme dans les Territoires du Nord-Ouest, cette définition reconnaît les mariages de type polygame pour autant qu'ils aient été contractés légalement dans une autre juridiction.

2.11.2. Les événements déclencheurs et le moment du partage

Le partage des actifs familiaux peut s'enclencher au moment du prononcé d'un décret de divorce, d'un jugement de nullité de mariage, lorsque les parties cessent de faire vie commune sans espoir raisonnable de reprise de la cohabitation ou lorsqu'un des époux introduit une demande pour division des actifs familiaux.

2.11.3. Les biens inclus dans le partage

Sont inclus dans les biens partageables si d'autres dispositions ne sont pas autrement prises par les époux la résidence familiale utilisée de façon habituelle par la famille, l'argent dans les comptes de banque ou les sociétés de fiducie, les biens qui sont la propriété d'une société par actions ou un intérêt dans une société de personnes ou une fiducie, les biens où l'un des époux peut exercer un droit de désigner, si ces biens faisaient partie des actifs familiaux ou s'ils étaient possédés directement par ce dernier.

2.11.4. Les biens exclus du partage

Il est intéressant de noter que les ententes intervenues entre les parties par le biais d'un contrat de mariage ou d'une entente de séparation prévalent sur toutes les dispositions de la loi en ce qui concerne le partage des actifs

³⁸ R.S.Y. 2002, c. 83.

familiaux. La liste des biens inclus quoique extrêmement large semble limitative en ce qu'elle décrit une certaine quantité de biens visés. Toutefois, il n'y a pas d'exclusion formelle des biens reçus à la suite d'une donation ou en héritage d'un tiers. En l'absence d'un contrat domestique excluant ces biens du partage, il semble qu'ils pourront faire l'objet d'un partage s'ils entrent dans une des catégories de biens décrits à l'inclusion.

2.11.5. Les contrats « domestiques » et les ententes entre époux

Les contrats domestiques comprennent entre autres, les ententes de cohabitation, les contrats de mariage et les ententes de séparation. Les parties peuvent, par le biais d'un contrat de mariage ou d'une entente de cohabitation intervenu par écrit, signé et attesté par témoins, déterminer entre autres, la propriété et les modalités de partage des biens matrimoniaux.

2.11.6. Commentaires et impact sur le gel successoral

Les mêmes commentaires que ceux émis à la section 2.10.6. sont valables pour les personnes résidentes du Yukon.

3. LES CONSIDÉRATIONS FISCALES

À condition que le transfert survienne à la suite d'un jugement ou d'un accord écrit de séparation, la *Loi de l'impôt sur le revenu*³⁹ prévoit plusieurs dispositions avantageuses lors d'un transfert de biens entre époux ou conjoints de fait en règlement des mesures accessoires à leur divorce ou à leur séparation. Il s'agit de la possibilité de transférer des biens comme les régimes enregistrés de retraite et des biens en immobilisations en franchise d'impôt⁴⁰, permettant ainsi de continuer à différer les impôts latents et d'éviter l'application des règles d'attribution sur le revenu généré par les biens transférés⁴¹. En ce qui concerne le gain en capital toutefois, les anciens

³⁹ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

⁴⁰ Par. 146(16) L.I.R. Il est à noter que les mêmes avantages ne sont pas disponibles si le transfert est effectué en faveur d'une fiducie pour le bénéfice de l'ex-époux ou de l'ex-conjoint de fait.

⁴¹ Par. 74.5(3) et 146(8.3) L.I.R. Le principe des règles d'attribution entre époux et conjoints de fait est prévu aux paragraphes 74.1(1) et 74.2(1) L.I.R. Lorsqu'un particulier transfère un bien directement ou indirectement à son époux, à son conjoint de fait ou à une fiducie en faveur de ce dernier, et que ce bien génère un revenu ou une perte ou un gain en capital ou une perte en capital entre les mains du bénéficiaire du (à suivre...)

époux ou conjoints de fait doivent remplir un formulaire de choix conjoint pour faire en sorte que le gain en capital accumulé sur les biens transférés soit imposé entre les mains du bénéficiaire et non de l'auteur⁴².

Enfin, le principe de la responsabilité solidaire pour les impôts dus par une personne qui transfère un bien à un époux ou à un conjoint de fait ne s'applique pas en l'espèce⁴³. Il est à noter que dans le contexte d'un règlement de divorce ou de séparation, la *Loi de l'impôt sur le revenu* crée une présomption voulant que la JVM du bien transféré soit égale à zéro⁴⁴.

Dans un autre ordre d'idées, en ce qui concerne les nouvelles unions, les personnes ayant enregistré leur union comme *registered domestic partner* sous la loi de la Nouvelle-Écosse et ceux qui ont contracté une union civile sous la loi du Québec doivent satisfaire la définition de conjoint de fait sous la loi fédérale⁴⁵ s'ils veulent se prévaloir de ces avantages fiscaux.

Il existe aussi des dispositions spéciales de nature semblable lorsque les deux époux ou conjoints de fait sont résidents du Canada et que le transfert survient en raison du décès de l'un d'eux⁴⁶. Toutefois, pour que le transfert en franchise d'impôt puisse prendre place au décès, les époux ou conjoints de fait doivent se qualifier. En effet, ils ne doivent pas avoir divorcé ou être séparés légalement ou avoir cessé de cohabiter pour une période continue de 90 jours ou plus dans le cas des conjoints de fait. De plus, les biens doivent être irrévocablement dévolus à l'époux, au conjoint de fait ou à la fiducie exclusive en faveur de l'un ou l'autre, dans les 36 mois suivant le décès ou

(...suite)

transfert, le revenu ou la perte est imposé entre les mains de l'auteur du transfert et non entre celles du bénéficiaire. Des dispositions similaires existent dans le cas de REÉR de conjoint lorsque le conjoint bénéficiaire effectue des retraits dans les trois années suivant la cotisation initiale.

⁴² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-325R2, « Transferts de biens après une séparation, un divorce ou une annulation de mariage », 7 janvier 1994.

⁴³ Par. 160(4) L.I.R. Ce principe prévoit qu'une personne bénéficiaire d'un transfert de biens dont l'auteur est une personne avec qui elle a un lien de dépendance est solidairement responsable des dettes fiscales de son auteur, jusqu'à concurrence de la différence entre la contrepartie payée pour acquérir le bien et la JVM de ce dernier ou de la dette fiscale.

⁴⁴ Par. 160(4) L.I.R.

⁴⁵ Par. 248(1) « conjoint de fait » L.I.R.

⁴⁶ Par. 70(6) L.I.R.

pour une période supplémentaire, sur permission du ministre du Revenu, dans le cas où un délai supplémentaire serait nécessaire suivant la discrétion de ce dernier. Un litige familial pendant devant les tribunaux peut retarder le règlement de la succession et pourrait constituer un motif raisonnable pour demander une telle extension⁴⁷. Par contre, même si les époux sont en instance de séparation ou de divorce au moment où survient le décès, le transfert des biens en franchise d'impôt pourra toujours être disponible en raison des dispositions du paragraphe 248(23.1) L.I.R., vu qu'il s'agit d'un transfert de biens en application des lois d'une province concernant les droits d'un époux ou d'un conjoint de fait sur des biens découlant du mariage ou de l'union de fait. Cette disposition rend le transfert en franchise d'impôt possible dans les deux sens soit par la succession de l'époux décédé au conjoint survivant, soit du conjoint survivant à la succession du décédé.

4. LES TECHNIQUES DE PLANIFICATION

4.1. NATURE DU TRANSFERT : DON OU ACHAT D' ACTIONS

Comme chaque juridiction possède des règles différentes, il est important dans le cadre d'un gel successoral de s'assurer que la méthode utilisée pour transférer les actions sera la plus efficace possible eu égard aux objectifs recherchés.

Ainsi, si nous prenons comme exemple l'Ontario, le don d'un montant d'argent pour acquérir les actions pourrait s'avérer fatal vu que les revenus provenant d'un bien de remplacement acquis en échange ou au lieu d'un autre bien reçu par don pourraient ne pas faire partie des exclusions. Dans ce cas précis, comme un montant d'argent donné aura été utilisé pour acquérir les actions, les dividendes payés sur ces actions seront inclus dans les biens familiaux partageables. Il y a donc lieu de prévoir d'autres dispositions et de donner les actions au lieu de l'argent.

Il est nécessaire que l'auteur du gel prévoit des dispositions efficaces pour démontrer clairement son intention de ne faire un don qu'en faveur d'un seul époux et que ce bien et les revenus qui en proviennent ne soient d'aucune façon inclus dans les actifs familiaux partageables. Attention toutefois, la plupart des juridictions procurent un statut spécial à la résidence familiale. En Ontario et à l'Île-du-Prince-Édouard par exemple, si des biens exclus ou des revenus provenant de biens exclus sont utilisés aux fins de la

⁴⁷ *Loi de l'impôt sur le revenu*, précité, note 39.

résidence familiale, les sommes ainsi utilisées ne sont pas récupérables et sont incluses dans la valeur partageable sans recours possible.

4.2. CONTRATS DOMESTIQUES

Les contrats de mariage et autres contrats domestiques peuvent offrir une certaine protection contre les réclamations d'un époux ou d'un conjoint ou de sa succession en cas de rupture du mariage ou de décès, quand il est possible d'y adhérer efficacement et que l'époux ou le conjoint est prêt à y concourir volontairement ou moyennant un échange de bons procédés. Du vivant comme au décès, certaines planifications peuvent permettre d'atténuer les effets ou de carrément annuler la réclamation d'un époux dans les biens de l'autre.

De nombreuses précautions doivent être prises pour s'assurer que les biens ne seront pas utilisés par la famille ou qu'ils auront été formellement exclus du partage des biens familiaux même s'ils sont habituellement utilisés comme tels. De plus, il faut être certain que l'époux a reçu tous les avis juridiques indépendants requis et qu'aucun vice ne pourra être soulevé qui pourrait ruiner l'application de certaines dispositions du contrat.

4.3. CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES

Outil fort souvent boudé ou oublié dans le cadre des entreprises familiales ou d'un gel successoral, la convention entre actionnaires permet de prévoir le sort des actions transférées aux membres de la famille bénéficiaires du gel dans diverses circonstances dont la rupture du mariage ou le décès prématuré de l'un d'eux. La convention entre actionnaires a comme avantage de lier les actionnaires eux-mêmes ainsi que leurs ayants droit et succession en cas de décès en ce qui concerne l'obligation de vendre ou de permettre le rachat des actions dans des circonstances préétablies. Il est dès lors possible de prévoir un tel achat ou rachat en cas de rupture du mariage ou l'introduction d'une réclamation en partage des biens matrimoniaux. Il est aussi possible de fixer préalablement une méthode d'évaluation des actions ainsi qu'un outil de financement adéquat comme l'assurance vie en cas de décès. La convention n'empêchera pas l'époux ou le conjoint d'introduire une réclamation en partage dans le délai imparti par la loi, mais à tout le moins, les autres actionnaires de la société auront en main les outils nécessaires pour protéger l'entreprise contre les conséquences néfastes d'une telle réclamation.

En tout état de cause toutefois, il est fondamental que ces conventions soient rédigées avec l'assistance d'un professionnel compétent pour assurer une certaine sécurité aux relations d'affaires des parties.

4.4. FIDUCIE

La création d'une fiducie en faveur du conjoint du vivant et au décès ou d'une fiducie mixte au profit de l'époux ou du conjoint de fait peuvent s'avérer des solutions intéressantes quand l'auteur du gel désire que les actions ou les droits de bénéficiaire ne puissent faire l'objet d'une réclamation de la part de l'époux ou du conjoint d'un des bénéficiaires. Ces fiducies peuvent prévoir des biens de remplacement ou inclure les actions de gel. La nature même de la fiducie fera en sorte que l'époux ou le conjoint qui a potentiellement le droit de faire valoir sa réclamation dans les biens matrimoniaux ne puisse prétendre exercer cette réclamation directement sur la valeur des actions. De cette façon, l'époux ou le conjoint pourra continuer à bénéficier des revenus procurés par la fiducie sa vie durant alors que le fiduciaire aura le contrôle et l'administration des biens. Au décès du conjoint survivant, les biens pourront être distribués selon les volontés des parties impliquées.

4.5. ASSURANCE VIE

L'assurance vie peut aussi constituer un outil de planification intéressant comme bien de remplacement dans le cas où la personne que l'on veut avantager soit résidente d'une juridiction au risque de voir inclure les actions de gel et le droit de bénéficiaire dans les actifs susceptibles de réclamation par un époux ou un conjoint.

Ainsi, dans certaines provinces dont l'Ontario entre autres, la loi prévoit expressément que le paiement d'un capital-décès d'assurance vie à un époux survivant constitue une compensation opposable à la réclamation en partage des actifs familiaux.

En plus de permettre un financement efficace de l'achat ou du rachat des actions selon les modalités de la convention d'achat et de vente en cas de décès, une police d'assurance vie peut servir de bien de remplacement pour bonifier la succession d'un individu à l'égard de ses enfants mariés dans les juridictions où le produit du capital-décès d'assurance vie provenant d'un tiers n'est pas inclus dans les biens matrimoniaux partageables.

5. CONSIDÉRATIONS DIVERSES

En plus des considérations relatives au partage des biens matrimoniaux, il convient de prendre garde à certains autres droits nés de la relation conjugale pour le bénéfice d'un conjoint ou pour celui des enfants qui sont considérés comme des enfants du ménage, et dont le quantum peut être modifié par le fait d'avoir transmis à une personne des actions de gel soit en propriété directe, soit par le biais d'un droit de bénéficiaire dans une fiducie.

5.1. SOUTIEN ALIMENTAIRE

Tout comme la définition « d'époux » ou de « conjoint », la définition « d'enfant », « d'enfant à charge » ou « d'enfant du couple » peut varier d'une province à l'autre et inclure l'enfant d'un époux ou d'un conjoint né d'une union précédente et pour lequel le bénéficiaire du gel agit *in loco parentis*. Le niveau de richesse personnelle d'un individu est pris en considération pour déterminer ses obligations à l'égard de la famille. La valeur des actions de gel ou du droit de bénéficiaire dans une fiducie même discrétionnaire détenant ces actions, ainsi que les revenus générés, même s'ils étaient par ailleurs exclus du partage des biens matrimoniaux par l'opération de la loi, seront pris en considération dans la fixation du quantum de la somme payable à titre de soutien alimentaire pour l'époux ou les enfants et dans l'établissement du niveau de vie de la famille.

5.2. LETTRE D'HOMOLOGATION ET FRAIS D'ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION

Un autre élément à considérer et avec lequel nous sommes plus ou moins familiers comme résidents du Québec est les lettres d'homologation (*probate fees*) ou les frais d'administration de la succession (*estate administration fees*) ayant cours dans les autres provinces canadiennes. En fait, la plupart des provinces de la common law prévoient des frais sur la valeur successorale de certains biens détenus par le décédé, suivant son lieu de résidence ou l'endroit où sont situés les biens. Ces frais d'homologation ou d'administration de la succession varient de province en province tout comme les biens qui sont visés et constituent habituellement un pourcentage de la valeur des biens transmis.

Par exemple, jusqu'à tout récemment, il existait une disposition intéressante concernant les conflits de loi permettant d'exclure les actions des sociétés de l'application des lois de la Colombie-Britannique en ce qui concerne les frais d'homologation de la succession. En fait, les tribunaux avaient jugé que des actions de société constituant une « dette » se situaient

non au lieu de résidence du détenteur mais là où elles étaient détenues. Ainsi, des actions d'une société incorporée au Québec et qui y sont situées se seraient vu appliquer en cas de conflit de lois les règles du Québec et non celles de la Colombie-Britannique pour la question du règlement de la succession. Malheureusement, on a abusé de cette disposition et la loi a été modifiée récemment pour inclure les actions dans les biens soumis à la loi de la Colombie-Britannique⁴⁸.

Sans entrer plus amplement dans les détails de ce sujet, il serait prudent de vérifier si des coûts supplémentaires pourraient être engendrés à la succession du bénéficiaire du gel advenant un décès prématuré de ce dernier. Ces frais peuvent être couverts en planifiant l'acquisition d'une police d'assurance vie pour permettre à la succession d'acquitter ces frais, sans gruger dans ses liquidités.

CONCLUSION

Ce texte n'est qu'un faible reflet de la complexité des éléments touchant le droit de la personne et de la famille qui peuvent avoir un impact important sur des décisions influençant par ailleurs la poursuite des affaires ou la dévolution d'un patrimoine que l'on destine aux membres de sa famille. Il est nécessaire de se rappeler que les tribunaux disposent d'une très grande autorité en matière familiale pour décider du sort des biens d'un individu par rapport aux besoins de sa famille. De plus, le fait pour des actifs normalement exclus des biens matrimoniaux d'être utilisés aux fins de la famille peut entraîner une inclusion de ces derniers dans l'inventaire des biens ou des valeurs partageables. Il convient donc de planifier de telle façon que les buts et les objectifs du client seront atteints sans mauvaise surprise d'ordre légal ou fiscal. À la lumière des éléments exposés plus haut, il est important de consulter des experts locaux connaissant bien les limites des lois matrimoniales et successorales afin d'éviter de tomber dans des pièges qui peuvent créer des problèmes dans l'avenir.

⁴⁸ Jeannine A. S. THOMAS, *Goodman on Estate Planning*, vol. XIII, n° 1 Federated Press, 2004, pp. 1021-1023.

**RUPTURE DE MARIAGE ET FISCALITÉ DU PROPRIÉTAIRE
D'ENTREPRISE**



Claudine Puglièse

Avocate, M. Fisc.

Gallant Dupuis Tremblay Sauvageau s.e.n.c.r.l.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION..... 38:3

1. CONVENTION DE SÉPARATION OU DE DIVORCE..... 38:3

1.1. LE PARTAGE DU PATRIMOINE FAMILIAL 38:3

1.2. LA LIQUIDATION DU RÉGIME MATRIMONIAL 38:5

1.3. LA PENSION ALIMENTAIRE 38:6

1.3.1. Définitions 38:7

1.3.2. Imposition et déductibilité de la pension alimentaire 38:8

1.4. LA PRESTATION COMPENSATOIRE 38:10

2. LE REÉR..... 38:11

2.1. MODIFICATION DE LA DÉSIGNATION DU BÉNÉFICIAIRE 38:11

3. POLICE D'ASSURANCE VIE 38:12

3.1. MODIFICATION DE LA DÉSIGNATION DU BÉNÉFICIAIRE 38:12

3.2.	UTILISATION DE LA POLICE D'ASSURANCE VIE POUR S'ACQUITTER DE LA CRÉANCE À LA SUITE DU PARTAGE DE BIENS	38:13
3.3.	DÉTENTION D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE CORPORATIVE	38:14
3.3.1.	Le paiement des impôts sur le gain en capital au décès	38:15
3.3.2.	Le rachat des actions privilégiées dans le but de créer un capital pour le conjoint survivant	38:15
3.3.3.	L'assurance vie nécessaire pour les nouveaux actionnaires	38:18
3.3.4.	L'assurance vie nécessaire pour équilibrer le partage du patrimoine au décès au profit des enfants non actifs dans l'entreprise	38:18
4.	CONVENTION D'ACTIONNAIRES	38:20
4.1.	LE CONJOINT N'EST PAS UN ACTIONNAIRE DE LA SOCIÉTÉ	38:20
4.1.1.	Clause de cession des actions	38:20
4.1.2.	Clause de double option	38:21
4.2.	LE CONJOINT EST UN ACTIONNAIRE DE LA SOCIÉTÉ	38:21
5.	TESTAMENT	38:22
6.	PARTAGE DE LA PROPRIÉTÉ DES BIENS	38:22
6.1.	LE TRANSFERT DES BIENS À LA SUITE D'UNE RUPTURE DU LIEN CONJUGAL	38:22
6.2.	LES RÈGLES D'ATTRIBUTION AU MOMENT DU PARTAGE	38:24
6.2.1.	Les paragraphes 74.2(1) et (2) L.I.R.	38:24
6.2.2.	L'article 74.3 L.I.R.	38:25
6.2.3.	Le paragraphe 74.4(2) L.I.R.	38:25
6.3.	RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE DU PAIEMENT DES IMPÔTS	38:26
6.4.	RÈGLES PLUS PARTICULIÈRES QUANT AU PROPRIÉTAIRE D'ENTREPRISE	38:27
6.4.1.	Les actions d'un des actionnaires sont cédées à l'autre	38:27
6.4.2.	Les actions de la société sont transférées en satisfaction de sa part dans le partage des biens	38:29
6.4.3.	Les actions d'un conjoint sont rachetées par la société	38:30
6.4.4.	L'entreprise est divisée entre les conjoints	38:31
6.4.5.	La société est liquidée	38:33
	CONCLUSION	38:33

INTRODUCTION¹

Le présent texte se veut une analyse des différentes incidences fiscales qui sont générées par la rupture du mariage ou de la relation conjugale d'un propriétaire d'entreprise. Nous y abordons les différentes étapes relatives à la séparation des patrimoines des ex-époux ou anciens conjoints. Toutefois, nous désirons porter une attention particulière aux différents documents juridiques qui devront être révisés, compte tenu des incidences fiscales qui s'y rattachent dans un contexte où le patrimoine des conjoints qui exploitent une entreprise est composé d'actions d'une société.

1. CONVENTION DE SÉPARATION OU DE DIVORCE

Lorsque l'on parle de rupture du mariage, les premières questions qui se posent sont reliées au partage du patrimoine familial et à la liquidation du régime matrimonial. Le présent texte n'a pas pour objectif de décrire de façon exhaustive toutes les règles relatives au partage du patrimoine familial et à la liquidation du régime matrimonial. En effet, à ce sujet, d'excellents textes ont été publiés par l'Association de planification fiscale et financière². Par contre, nous nous devons de faire un bref retour sur les principales règles se rapportant à ce sujet.

1.1. LE PARTAGE DU PATRIMOINE FAMILIAL

Les règles régissant le patrimoine familial sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 1989³ et s'appliquent à tous les conjoints mariés depuis cette date, ainsi qu'à tous les conjoints mariés au moment de l'entrée en vigueur de ces règles et qui n'ont pas fait le choix de s'y soustraire avant le 31 décembre 1990.

¹ L'auteur aimerait remercier M^e Sophie Guibault, M^e Dan Chafar et M^{me} Sylvie Labelle de leur précieuse collaboration dans la préparation du présent texte.

² Entre autres, nous vous référons aux textes suivants : Guy LEFRANÇOIS, « Conjointes mariés ou unis civilement : les droits à la fin de l'union », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 51:1-36, ainsi que Suzanne FORTIN et Luc LACOMBE, « Les conséquences civiles et fiscales de la rupture de la relation de couple », dans *Colloque – La fiscalité du mariage, de la famille et du divorce*, 117, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 3:1-25.

³ *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.

Les règles du patrimoine familial ont un caractère d'ordre public, de sorte que les époux ne peuvent renoncer à l'avance à l'application de ces règles. Lors du divorce ou de la séparation des époux, la valeur nette des biens appartenant aux époux, qui composent le patrimoine familial, doit être séparée de façon égale entre ces derniers. Les biens composant le patrimoine familial sont les résidences de la famille (principale et secondaire), les meubles meublants des résidences de la famille qui servent à l'usage de ces dernières, les véhicules automobiles qui servent à la famille, ainsi que les droits accumulés pendant le mariage dans les régime de retraite⁴.

Afin de déterminer la valeur nette des biens qui composent le patrimoine familial, il faut, dans un premier temps, établir la valeur marchande des biens de chacun des époux composant le patrimoine familial et, dans un deuxième temps, soustraire de cette valeur marchande les dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien ou la conservation de ces biens. Également, d'autres éléments peuvent venir réduire la valeur nette du patrimoine familial, tels que la valeur nette, au moment du mariage, d'un bien qui aurait été détenu par un époux avant le mariage⁵.

La valeur nette de ces biens est généralement établie à la date d'introduction de l'instance en vertu de laquelle il est statué sur la séparation ou le divorce⁶. Advenant la demande de l'un ou l'autre des époux, le tribunal peut statuer que la valeur nette des biens sera établie à la date à laquelle les époux ont cessé de faire vie commune⁷.

En somme, une fois la valeur nette du patrimoine familial établie, les époux doivent se séparer cette valeur en parts égales. Ce partage procure donc un droit de créance, et non un droit de propriété sur ces biens. Ce droit de créance est déterminé en fonction de la valeur nette totale des biens du patrimoine familial détenus par chacun des époux. Par exemple, si l'époux possède des biens d'une valeur nette de 150 000 \$ et l'épouse de 50 000 \$, la valeur totale à partager en parts égales, entre chacun des époux, est de 200 000 \$. Ainsi, le partage du patrimoine familial procure à l'épouse un droit de créance de 50 000 \$.

⁴ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 415.

⁵ Les autres éléments influant sur le calcul de la valeur nette du patrimoine familial sont énoncés à l'article 418 C.c.Q.

⁶ Art. 417, al. 1 C.c.Q.

⁷ Art. 417, al. 2 C.c.Q.

L'exécution du partage du patrimoine familial peut se faire en numéraire ou par dation en paiement⁸. Advenant une mésentente lors du partage, le tribunal peut attribuer certains biens à l'un des époux, ordonner que le débiteur exécute son obligation par le moyen de versements échelonnés ou ordonner toute autre mesure qu'il juge appropriée pour assurer la bonne exécution du jugement⁹. Il est possible pour un époux de renoncer au partage du patrimoine familial à compter du jugement de divorce ou de séparation. Cette renonciation doit être faite par acte notarié ou par une déclaration judiciaire dont il est donné acte dans le cadre d'une instance en divorce ou de séparation¹⁰.

Toutefois, pour être valide, cette renonciation doit être publiée au Registre des droits personnels et réels mobiliers¹¹.

1.2. LA LIQUIDATION DU RÉGIME MATRIMONIAL

Une fois le partage du patrimoine familial effectué, le régime matrimonial des époux doit être liquidé. Il existe trois régimes matrimoniaux, soit la société d'acquêts, la séparation de biens et la communauté de biens. Les règles de liquidation du régime de la communauté de biens ne seront pas abordés dans le cadre du présent texte, puisque ce régime a été abrogé en 1981 et est donc de moins en moins fréquent.

En ce qui concerne le régime de la séparation de biens, il n'y a aucune règle spécifique de partage puisque chaque époux demeure propriétaire de tous les biens et de toutes les dettes dont il est l'unique propriétaire, en excluant les biens et les dettes pris en compte dans le calcul du patrimoine familial¹². Lorsque le droit de propriété d'un bien ne peut être attribué à un époux en particulier, ce bien est réputé appartenir aux deux époux de façon indivise, à chacun pour moitié¹³. La liquidation du régime de la séparation de biens peut se faire de façon conventionnelle ou judiciaire.

⁸ Art. 419, al. 1 C.c.Q.

⁹ Art. 420 C.c.Q.

¹⁰ Art. 423, al. 2 C.c.Q.

¹¹ Art. 423, al. 3 C.c.Q.

¹² Art. 486 C.c.Q.

¹³ Art. 487 C.c.Q.

En vertu du régime de la société d'acquêts, la liquidation entraîne un exercice de qualification des biens des époux à titre de propres ou d'acquêts. Tous les biens que chacun des époux possède au début du régime ou qu'il acquiert par la suite composent la société d'acquêts et doivent être qualifiés de propres ou d'acquêts¹⁴. Si le partage de la valeur nette des biens constituant le patrimoine familial est accepté, les biens qui en faisaient partie ne doivent pas être repris en compte lors de la liquidation du régime de la société d'acquêts. Dans le cas contraire, la valeur des biens formant le patrimoine familial sera comprise dans la liquidation de la société d'acquêts.

À moins qu'il ne soit établi qu'un bien est un propre, tous les biens sont présumés être acquêts¹⁵. Les acquêts comprennent notamment le produit du travail de chacun des époux au cours du régime, ainsi que les fruits et les revenus perçus au cours du régime provenant de tous les biens des époux, qu'ils soient propres ou acquêts. De façon non exhaustive, les propres comprennent les biens dont les époux ont la propriété ou la possession au début du régime, les biens échus par succession au cours du régime et les fruits et revenus de ces biens si le testateur ou le donateur le spécifie, ainsi que les biens acquis en remplacement d'un propre, y compris les indemnités d'assurance qui s'y rattachent¹⁶.

De façon sommaire, lors de la liquidation du régime de la société d'acquêts, c'est la valeur nette de la masse des acquêts des époux qui devra être partagée entre ces derniers. Comme pour le partage du patrimoine familial, la liquidation du régime de la société d'acquêts confère un droit de créance et non un droit de propriété sur les acquêts. Les époux peuvent renoncer au partage de la société d'acquêts à certaines conditions qui sont sensiblement les mêmes que pour la renonciation au partage du patrimoine familial¹⁷.

1.3. LA PENSION ALIMENTAIRE

La séparation ou le divorce implique presque nécessairement le versement d'une pension alimentaire, qu'elle soit au bénéfice de l'ex-conjoint¹⁸ ou des enfants. Dans le cadre de cette section, nous ferons un bref

¹⁴ Art. 448 C.c.Q.

¹⁵ Art. 459 C.c.Q.

¹⁶ Art. 450 C.c.Q.

¹⁷ Art. 469 C.c.Q.

¹⁸ Pour la section 1.3., l'expression « ex-conjoint » désigne également « ex-époux ».

survol des règles fiscales qui régissent les pensions alimentaires. Nous réviserons aussi les règles relatives aux paiements effectués en faveur des tiers dans un contexte de pension alimentaire.

1.3.1. Définitions

L'expression « pension alimentaire » est définie au paragraphe 56.1(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁹. Pour qu'un paiement puisse être qualifié à titre de pension alimentaire, les caractéristiques suivantes doivent être réunies :

- payable à titre d'allocation périodique;
- pour subvenir aux besoins du bénéficiaire, des enfants de celui-ci ou à la fois du bénéficiaire et de ses enfants;
- le bénéficiaire peut utiliser ce montant à sa discrétion;
- le bénéficiaire est l'époux ou le conjoint de fait ou l'ex-époux ou l'ex-conjoint de fait du payeur **et** vit séparément de celui-ci pour cause d'échec du mariage ou de vie commune **et** le montant est à recevoir aux termes d'une ordonnance d'un tribunal ou d'un accord écrit;

ou

- le payeur est le père naturel ou la mère naturelle d'un enfant du bénéficiaire **et** le montant est à recevoir aux termes d'une ordonnance d'un tribunal.

L'expression « pension alimentaire pour enfants » est aussi définie au paragraphe 56.1(4) L.I.R. La pension alimentaire pour enfants est une pension alimentaire établie par une ordonnance du tribunal ou par un accord écrit, qui n'est pas destinée uniquement à subvenir aux besoins d'un bénéficiaire qui est l'époux ou le conjoint de fait ou l'ex-époux ou l'ex-conjoint de fait du payeur, le père ou la mère d'un enfant dont le payeur est le père naturel ou la mère naturelle.

¹⁹ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

1.3.2. Imposition et déductibilité de la pension alimentaire

1.3.2.1. La pension alimentaire pour enfants et conjoint

La pension alimentaire pour enfants a été « défiscalisée » au cours de l'année 1997. En date d'aujourd'hui, pour connaître le traitement fiscal de la pension alimentaire pour enfants, il faut s'en remettre à la notion de « date d'exécution ». En vertu de la définition de ce terme à l'alinéa 56.1(4)a) L.I.R., la date d'exécution de l'ordonnance, si elle est établie après avril 1997, est la date de son établissement. En effet, toute entente ou ordonnance datée du 1^{er} mai 1997 ou postérieurement qui prévoit le versement d'une pension alimentaire pour enfants est non imposable pour la personne qui la reçoit et est non déductible pour la personne qui la paye²⁰.

Si une entente ou une ordonnance est rendue avant le 1^{er} mai 1997, la date d'exécution sera modifiée dans certaines situations et la pension alimentaire pour enfants deviendra, par le fait même, soumise aux nouvelles règles de défiscalisation. Ces situations sont prévues à la définition de « date d'exécution » à l'alinéa 56.1(4)b) L.I.R. et comprennent notamment le cas où une ordonnance subirait une modification sur le montant à payer à titre de pension alimentaire pour enfants après avril 1997.

L'objectif du présent texte n'est pas de faire l'historique du traitement fiscal de la pension alimentaire pour enfants jusqu'à sa défiscalisation. Il est important de retenir que le traitement fiscal de cette pension alimentaire dépendra de la date d'exécution de l'accord ou de l'ordonnance et que, de façon générale, toute ordonnance rendue à partir du 1^{er} mai 1997 sera assujettie aux règles de défiscalisation de la pension alimentaire pour enfants.

En ce qui concerne la pension alimentaire versée au bénéfice de l'ex-conjoint, lorsque toutes les conditions de la définition de pension alimentaire du paragraphe 56.1(4) L.I.R. sont réunies, cette pension alimentaire est déductible pour celui qui la paye en vertu de l'alinéa 60b) L.I.R. et est imposable pour le bénéficiaire qui la reçoit en vertu de l'alinéa 56(1)b) L.I.R.

1.3.2.2. Les paiements faits au tiers

Il existe d'autres situations où, par exemple, le paiement de la pension alimentaire serait fait en faveur d'un tiers. Le paragraphe 60.1(1) L.I.R.

²⁰ Voir la définition de « date d'exécution » au paragraphe 56.1(4) L.I.R.

prévoit qu'un montant payable en vertu d'une ordonnance du tribunal ou d'une entente écrite à une personne ou au profit de cette personne, aux enfants confiés à sa garde ou les deux à la fois, est réputé être, une fois payable, comme payable et recevable par la personne et une fois payé comme payé et reçu par la personne. Cette disposition de la loi procure une présomption qui permet au payeur de tenir compte des versements effectués en faveur de tiers et pour établir s'il a le droit à la déduction de ce montant.

Par contre, il faut demeurer très prudent relativement à l'application de la présomption du paragraphe 60.1(1) L.I.R. En effet, les autres conditions relatives à la définition de pension alimentaire doivent être remplies, c'est-à-dire que le bénéficiaire de la pension doit toujours avoir la discrétion relativement à l'utilisation de cette somme. Un paiement fait directement à un tiers qui n'accorderait aucune discrétion quant à son utilisation par l'ex-conjoint ne se qualifierait pas à titre de pension alimentaire et, en conséquence, ne serait ni déductible pour le payeur ni imposable pour le bénéficiaire.

Également, le paragraphe 60.1(2) L.I.R. s'applique aux paiements qui seraient effectués aux termes d'une ordonnance du tribunal ou d'une entente écrite au titre d'une dépense engagée au cours de l'année pour subvenir aux besoins d'une personne, aux enfants confiés à sa garde ou les deux à la fois. Cette disposition procure une présomption que le montant payé directement au bénéficiaire ou à un tiers est réputé comme payable et recevable par le bénéficiaire à titre d'allocation périodique, et ce dernier est considéré comme pouvant utiliser ce montant à sa discrétion.

Il est important de mentionner que certains montants sont spécifiquement exclus de l'application du paragraphe 60.1(2) L.I.R. Les montants exclus sont les frais relatifs à un établissement domestique autonome au sens du paragraphe 248(1) L.I.R. et les dépenses pour acquérir des biens personnels, sauf les dépenses suivantes :

- les frais médicaux, les frais d'études et les dépenses relatives à une habitation dans laquelle réside le bénéficiaire;
- les dépenses en vue d'acquérir ou de rénover une habitation où réside le bénéficiaire²¹.

²¹ Une limite de 1/5 doit être appliquée au montant du principal d'un emprunt.

En somme, alors que le paragraphe 60.1(1) L.I.R. ne procure que la présomption que le montant est recevable/reçu et payable/payé, le paragraphe 60.1(2) L.I.R. prévoit, en plus, que le montant est reçu à titre d'allocation périodique et qu'il est utilisable à la discrétion du bénéficiaire. Le paragraphe 60.1(2) L.I.R. semble procurer plus de certitude quant à la qualification à titre de déduction pour le payeur et d'imposition pour le bénéficiaire d'un montant payé à un tiers. Toutefois, il est nécessaire que l'accord écrit ou que l'ordonnance du tribunal prévoie spécifiquement l'application des paragraphes 60.1(2) et 56.1(2) L.I.R. aux montants mentionnés afin que la présomption puisse s'appliquer et que le paiement devienne déductible pour celui qui le paye et imposable pour le bénéficiaire.

1.4. LA PRESTATION COMPENSATOIRE

À la rupture du mariage, après le partage du patrimoine familial, la liquidation du régime matrimonial et l'établissement d'une pension alimentaire, un ex-époux peut demander qu'une somme lui soit versée à titre de prestation compensatoire au moment où le tribunal prononce le jugement de divorce ou de séparation. Il est important de mentionner que la prestation compensatoire n'est pas de nature alimentaire mais plutôt patrimoniale.

La prestation compensatoire est un montant versé à l'un des ex-époux en compensation de l'apport de ce dernier, en biens ou en services, à l'enrichissement du patrimoine de l'autre époux²². Cet apport doit avoir été effectué pendant le mariage et il doit avoir créé l'enrichissement d'un conjoint par rapport à l'autre. De plus, lorsque la demande de prestation compensatoire est due à la collaboration régulière de l'un des époux à l'entreprise de l'autre, peu importe que cette entreprise ait trait à un bien, un service ou qu'elle soit à caractère commercial ou non, la demande peut être faite dès la fin de la collaboration si celle-ci est causée par la liquidation, la dissolution ou l'aliénation de l'entreprise²³.

Advenant le cas où les ex-époux ne s'entendent pas sur le montant de la prestation compensatoire, c'est le tribunal qui fixera la valeur qui devra être payée en raison de l'apport de l'un des époux. Également, le tribunal peut déterminer si la prestation compensatoire sera payée comptant, au moyen de versements ou par l'attribution de droits dans certains biens²⁴.

²² Art. 427, al. 1 C.c.Q.

²³ Art. 427, al. 2 C.c.Q.

²⁴ Art. 429, al. 1 C.c.Q.

Finalement, au niveau fiscal, puisque la prestation compensatoire n'est pas de nature alimentaire, les dispositions relatives aux pensions alimentaires ne peuvent s'appliquer. Ainsi, le paiement d'une prestation compensatoire ne serait ni déductible pour le payeur ni imposable pour celui qui le reçoit. Si la prestation compensatoire est payée par l'attribution de droits dans certains biens, les règles d'attribution qui se rattachent à ce type de transfert vont trouver application.

2. LE REÉR

2.1. MODIFICATION DE LA DÉSIGNATION DU BÉNÉFICIAIRE

Une attention toute particulière doit être portée à la modification de la désignation du bénéficiaire d'un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») dans le cas du divorce du propriétaire d'entreprise. Ce dernier aura généralement désigné son conjoint à titre de bénéficiaire irrévocable du REÉR en cas de décès. Ce faisant, le contrat de REÉR est insaisissable jusqu'au moment où le REÉR est encaissé à son échéance ou transformé en rente ou en fond enregistré de revenu de retraite (ci-après « FERR »)²⁵. Cela est vrai dans la mesure où le REÉR ne comporte pas de droit de retrait si l'on se fie à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Scotia McLeod c. Banque de la Nouvelle-Écosse*²⁶ mieux connu comme l'arrêt Thibault²⁷. La juge Deschamps précise que ce n'est pas le droit de retrait qui empêche un REÉR de se qualifier à titre de rente, mais le fait que le capital ne soit pas aliéné en faveur d'un tiers qui n'est pas le titulaire, le rentier ou le crédientier.

Le divorce, de même que la dissolution d'une union civile, entraîne la caducité de la désignation du conjoint, que celui-ci soit un bénéficiaire révocable ou irrévocable²⁸. Cela a l'avantage que l'on n'a pas à se soucier

²⁵ Art. 2393 C.c.Q.; *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q., c. S-29.01, art.178.

²⁶ [2004] 1 R.C.S. 758.

²⁷ On se référera à l'analyse de cette décision dans Roger P. SIMARD, « Mise à jour sur l'insaisissabilité des REÉR », (2002), vol. 23, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 325-358 et dans Hélène MARQUIS, « La détention de polices d'assurance vie et les désignations de bénéficiaire dans le cadre d'une planification successorale », dans *Colloque – La planification financière du propriétaire d'entreprise, gel successoral et fiducie*, 144, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 6:1-43.

²⁸ Art. 2459, al. 2 C.c.Q.

d'apporter une modification au contrat au moment de la rupture du mariage ou de la dissolution de l'union civile. Toutefois, l'entrepreneur perd en même temps sa protection contre les créanciers. Il sera donc avisé de prévoir la désignation d'un autre bénéficiaire, soit un enfant du détenteur du REÉR, dans le but de rendre le REÉR insaisissable²⁹.

3. POLICE D'ASSURANCE VIE

3.1. MODIFICATION DE LA DÉSIGNATION DU BÉNÉFICIAIRE

Les règles relatives à la désignation des bénéficiaires pour les contrats d'assurance vie sont identiques à celles mentionnées précédemment pour les REÉR, puisque celles-ci y réfèrent.

La désignation d'un bénéficiaire dans le contrat d'assurance vie autre que les ayants cause, les héritiers, les liquidateurs ou autres représentants légaux entraîne que l'assurance n'est pas payable à la succession³⁰. Si le bénéficiaire désigné de l'assurance est le conjoint, le descendant ou l'ascendant du titulaire de la police, les droits conférés par la police sont insaisissables tant que les fonds ne sont pas touchés par le bénéficiaire³¹.

Une police d'assurance vie d'un entrepreneur indiquera généralement le conjoint à titre de bénéficiaire. Cette désignation dans la police entraîne que la désignation du conjoint est irrévocable, à moins de stipulation expresse au contraire³². Le divorce rend caduque une telle désignation³³. L'entrepreneur désirant conserver le bénéfice de l'insaisissabilité devra nommer un autre bénéficiaire tel un descendant. Il devra donc procéder à la révision des désignations de bénéficiaires dans les polices d'assurance vie dont il est titulaire.

²⁹ Art. 2457 C.c.Q.

³⁰ Art. 2456 C.c.Q.

³¹ Art. 2457 C.c.Q.

³² Art. 2449 C.c.Q.

³³ Art. 2459 C.c.Q.

3.2. UTILISATION DE LA POLICE D'ASSURANCE VIE POUR S'ACQUITTER DE LA CRÉANCE À LA SUITE DU PARTAGE DES BIENS

Le transfert d'un intérêt dans une police d'assurance vie par le titulaire de la police à son ex-époux ou ancien conjoint de fait en règlement des droits découlant de leur mariage ou de leur union de fait entraîne une disposition de la police à son coût de base rajusté (ci-après « CBR ») immédiatement avant le transfert. L'ex-époux ou l'ancien conjoint de fait acquiert la police à ce même coût. Aucune implication fiscale ne découle de ce transfert. Ces règles s'appliqueront dans la mesure où le titulaire et le bénéficiaire du transfert résident au Canada au moment du transfert³⁴.

Toutefois, ce roulement ne s'appliquera pas dans la mesure où une police d'assurance vie est séparée en deux polices entre les ex-époux ou les anciens conjoints de fait. L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») considère que la police que l'ex-époux recevra sera une nouvelle police d'assurance vie³⁵. On ajoute qu'il s'agit d'une question de fait si une nouvelle police découle des modifications apportées aux conditions et aux termes de la police.

Selon l'ARC, les primes payées d'une police d'assurance vie dont le bénéficiaire est l'ex-époux ou l'ancien conjoint pendant la période où subsiste l'obligation de payer une pension alimentaire ne peuvent constituer une pension alimentaire puisque le conjoint n'a pas la discrétion de l'utilisation des montants³⁶. Toutefois, le paiement de ces primes pourrait être considéré comme un paiement fait à un tiers dans la mesure où l'accord écrit ou l'ordonnance d'un tribunal compétent mentionne que le paiement est effectué conformément aux paragraphes 60.1(2) et 56.1(2) L.I.R. À ce titre, le paiement serait réputé être une allocation périodique que l'ex-époux utilise à sa discrétion.

Dans une interprétation technique antérieure sur le même sujet, l'ARC avait précisé que les paragraphes 60.1(2) et 56.1(2) L.I.R. font état d'une

³⁴ Par. 148(8.1) L.I.R.

³⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0073505, 23 juillet 2001.

³⁶ AGENCE DE REVENU DU CANADA, interprétation technique 2001-0083845, 29 juin 2001.

dépense pour subvenir aux besoins personnels de subsistance et, à ce titre, les primes de la police ne se qualifiaient pas³⁷.

3.3. DÉTENTION D'UNE POLICE D'ASSURANCE VIE CORPORATIVE

Dans cette section du texte relative à l'assurance vie, nous aimerions traiter davantage des incidences de la rupture du mariage ou de la fin d'une relation de conjoints de fait dans un contexte où un gel successoral est déjà effectué.

Voici un bref rappel de la notion de « gel successoral » : un actionnaire d'une société dont les actions ont atteint une valeur suffisante pour pourvoir aux besoins de sa famille en considérant ses autres actifs personnels pourrait décider de geler la valeur de ses actions ordinaires ou participantes en faveur de ses enfants actifs dans l'entreprise ou, à défaut, en faveur d'une fiducie familiale. Les actions ordinaires ou participantes seraient converties en actions ayant une valeur de rachat fixe à laquelle nous référerons au titre d'« actions privilégiées ».

Dans un contexte de gel successoral, l'assurance vie pourra combler les besoins suivants :

- le paiement des impôts sur le gain en capital au décès;
- le rachat des actions privilégiées dans le but de créer un capital pour le conjoint survivant;
- l'assurance vie nécessaire pour les nouveaux actionnaires;
- l'assurance vie nécessaire pour équilibrer le partage du patrimoine au décès au profit des enfants non actifs dans l'entreprise.

Nous analyserons les incidences de la rupture de la relation conjugale sur le besoin en assurance vie, tel qu'il a été mentionné précédemment³⁸.

³⁷ AGENCE DE REVENUE DU CANADA, interprétation technique 9604225, 5 mars 1996.

³⁸ Nous vous référerons au texte suivant, qui analyse en détail les besoins en assurance vie dans un contexte de gel successoral : François GIROUX et Sam COHEN-SCALI, « Solutions d'assurance dans le cadre d'un gel successoral ou d'une convention de retraite », dans *Colloque – La planification financière du propriétaire d'entreprise*, (à suivre...)

3.3.1. Le paiement des impôts sur le gain en capital au décès

En ce qui concerne le premier besoin, celui du paiement des impôts sur le gain en capital au décès, il est assez courant de retrouver un contrat d'assurance vie de type « conjoint dernier décès » dont le titulaire et bénéficiaire est la société dont les actions ont fait l'objet du gel. La planification successorale en place étant de reporter l'imposition du gain en capital au décès du conjoint, l'utilisation de ce type de police permet de diminuer le coût d'assurance, celui-ci étant réparti sur deux têtes (les deux conjoints).

Dans le cas d'une rupture de la relation conjugale, il faudra réviser la planification successorale et le type de police d'assurance vie nécessaire. L'imposition du gain en capital des actions privilégiées se matérialisera au décès de l'entrepreneur et aucun roulement ne sera disponible pour reporter ladite imposition³⁹.

Le changement de couverture d'assurance ne devrait entraîner aucune incidence fiscale dans le cas d'une assurance vie temporaire puisque aucune valeur de rachat n'y est rattachée. De plus, la modification des termes de la police ne devrait pas constituer une disposition de son intérêt dans la police⁴⁰.

3.3.2. Le rachat des actions privilégiées dans le but de créer un capital pour le conjoint survivant

Dans la situation où la police d'assurance vie est souscrite dans le but de racheter les actions du conjoint survivant au décès de l'autre conjoint, en vue de lui assurer un capital, la police souscrite sera du type « conjoint premier décès ».

(...suite)

gel successoral et fiducie, 144, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 5:1-35.

³⁹ Le seul report possible de l'imposition au décès prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu* est le cas d'actions du capital-actions d'une société agricole familiale léguées à un enfant du contribuable qui réside au Canada immédiatement avant le décès (par. 70(9.2) L.I.R.).

⁴⁰ Par. 148(9) « disposition » L.I.R.

Dans ce cas, au décès du conjoint, les actions sont transférées à l'autre conjoint avec un report d'impôts à la disposition des actions par le conjoint survivant⁴¹. Les actions du conjoint survivant sont rachetées par la société à l'aide du produit de la police d'assurance vie. Le rachat des actions entraîne un dividende réputé libre d'impôt grâce au choix de payer le dividende à même le compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») créé par l'encaissement du produit d'assurance vie⁴².

Nous pouvons illustrer ce cas à l'aide de l'exemple suivant : la valeur des actions au décès est de 1 M\$, le capital versé et le CBR sont nominaux. Le transfert des actions au conjoint s'effectuera sans impôt grâce au roulement entre conjoints. Le rachat des actions du conjoint survivant générera un dividende réputé de 1 M\$. Si le produit de l'assurance vie est de 1 M\$, il sera possible de faire le choix de payer le dividende à même le CDC de 1 M\$. Aucune incidence fiscale ne découlera du paiement du dividende pour le conjoint survivant.

Advenant la rupture du mariage ou de la relation conjugale, il faudra réviser le rôle de l'assurance vie dans la planification successorale et examiner la pertinence de conserver le même montant d'assurance vie. Nous pouvons nous retrouver dans la situation où le produit d'assurance vie servira à payer les impôts au décès ou à les minimiser.

En effet, il est possible d'utiliser le produit d'assurance vie pour minimiser les impôts au décès. Cette situation peut se retrouver tant dans un contexte d'actionnaire unique que dans celui où il existe un ou des actionnaires survivants.

Selon la date où la police d'assurance vie a été souscrite par la société, les règles de minimisation des pertes varient⁴³. Nous ne désirons pas effectuer une étude exhaustive de ces règles, mais nous ferons simplement un bref rappel⁴⁴.

⁴¹ Par. 70(6) L.I.R.

⁴² Par. 84(3) et 83(2) L.I.R.

⁴³ Par. 112(3.2) et 164(6) L.I.R.

⁴⁴ Pour une étude plus approfondie de ces règles, nous vous référons au texte suivant : Martin LORD, « Règles sur la minimisation des pertes : nouveautés et aspects pratiques des règles transitoires », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 2:1-44.

Le décès d'un actionnaire entraîne l'imposition du gain en capital accru sur les actions dans la mesure où les actions ne sont pas dévolues au conjoint ou à une fiducie exclusive au conjoint. Dans ce cas, le transfert des actions à la succession s'effectue à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des actions. Le rachat des actions de la succession entraîne un dividende réputé pour celle-ci et, en général, une perte en capital. Si le rachat des actions de la succession s'effectue dans l'année d'imposition qui suit le décès, il est possible de reporter la perte en capital de la succession contre le gain en capital du décédé et, de ce fait, de réduire ou d'annuler complètement le gain en capital au décès.

Ces règles ont subi des modifications dans le temps. Depuis le 27 octobre 2000, dans le cas où un dividende est payé à même le CDC, la perte en capital en découlant est réduite de 50 % du moindre du montant de la perte en capital de la succession ou du gain en capital du décédé. Pour la période du 27 avril 1995 au 27 octobre 2000, ce pourcentage a varié avec celui du taux d'imposition du gain en capital.

Certaines actions jouissent des règles « grand-père » qui font en sorte de préserver les règles existantes avant le 27 avril 1995, à savoir aucune réduction de la perte en capital de la succession. Toutefois, pour jouir de ces règles, il faut satisfaire aux conditions suivantes au 26 avril 1995 :

- l'action appartient à un particulier;
- une société était bénéficiaire d'une police d'assurance vie sur la tête de ce particulier ou de son conjoint;
- le principal objet de la police était de financer le rachat des actions de ce particulier⁴⁵.

Il est donc important de réviser le rôle de la police d'assurance vie dans le cas d'une rupture de la relation conjugale afin de s'assurer que tant le type que le montant d'assurance sont adéquats pour sa nouvelle utilisation.

Il est possible que les deux conjoints soient des actionnaires actifs dans la société. Dans ce cas, les besoins d'assurance peuvent différer, compte tenu de la perte du statut de conjoint et du roulement lors du transfert au décès. Il y aura lieu de réviser la planification successorale et les besoins d'assurance.

⁴⁵ Par. 112(3.2) L.I.R.

3.3.3. L'assurance vie nécessaire pour les nouveaux actionnaires

Les nouveaux actionnaires, ceux en faveur de qui le gel successoral est effectué, devront eux-mêmes considérer leur besoin d'assurance vie ou d'assurance invalidité dans le but de protéger leur propre famille.

La rupture de la relation conjugale du particulier qui détient les actions privilégiées aura peu d'effet sur ces actionnaires, leur besoin en assurance étant assez indépendant de la planification successorale de leur parent. En effet, il est peu fréquent de prévoir une couverture d'assurance vie pour les enfants qui prennent la relève de l'entreprise dans le but de financer le rachat des actions privilégiées des parents advenant le décès de ces enfants.

3.3.4. L'assurance vie nécessaire pour équilibrer le partage du patrimoine au décès au profit des enfants non actifs dans l'entreprise

Si la planification successorale utilise le produit de la police d'assurance vie dans le but d'avantager des enfants non actifs dans l'entreprise, la rupture de la relation conjugale peut entraîner des conséquences sur les besoins d'assurance vie du détenteur des actions privilégiées.

En effet, si la planification successorale utilise le roulement des actions au conjoint et le rachat des actions du conjoint à même le produit d'une police d'assurance vie, aucune incidence fiscale ne découle de cette planification. Les autres membres de la famille non actifs dans l'entreprise familiale sont généralement avantagés au décès du conjoint survivant, à moins que l'importance des actifs ne permette une distribution de biens au premier décès des conjoints.

La perte du roulement entre les conjoints vient actualiser l'impact fiscal au décès de M. X. Si la planification successorale n'est pas révisée, selon si la police d'assurance vie bénéficie ou non des règles « grand-père » expliquées précédemment, le produit d'assurance vie servira en partie à payer les impôts au décès du détenteur des actions privilégiées. Il est possible que le résidu de la succession à partager entre les enfants non actifs soit moindre et entraîne une insatisfaction légitime.

Voici un exemple de cette situation :

- M. X détient des actions de gel d'une valeur de 2 M\$. Sa fille, Arianne, détient les actions ordinaires qui ont maintenant une valeur de 0,5 M\$. La

société détient une police d'assurance payable au décès du dernier de M. ou M^{me} X pour une somme de 1 M\$. La convention d'actionnaires prévoit que le produit d'assurance vie servira à racheter les actions de gel de la succession. Le testament de M. X stipule que les actions de gel seront léguées totalement à son conjoint. Il est prévu qu'une partie des actions de gel pour une valeur de 500 000 \$ ne feront pas l'objet du roulement pour bénéficier de l'exemption du gain en capital de 500 000 \$. M^{me} X devra léguer à son décès la liquidité provenant du produit d'assurance vie entre les deux autres enfants non actifs.

Au décès de M. X, si la valeur des actions de gel non rachetées est de 1,5 M\$, aucune incidence fiscale n'en découlera.

- 0,5 M\$ en actions : utilisation de l'exemption du gain en capital de 500 000 \$;
- 1 M\$ en actions : roulement des actions au conjoint, rachat des actions à même le produit d'assurance vie et choix que le dividende au rachat provienne du CDC (non imposable);
- Au décès de M^{me} X, legs des actions cristallisées à Arianne et legs de la liquidité provenant du produit d'assurance vie aux deux autres enfants non actifs;
- 0,5 M\$ en actions : ont un CBR de 500 000 \$ pour M^{me} X, la disposition présumée n'entraîne aucun gain en capital;
- 1 M\$ en liquidité : aucune incidence fiscale.

Advenant la rupture du mariage et le décès de M. X sans modification de la planification successorale, la situation serait la suivante :

- 0,5 M\$ en actions : utilisation de l'exemption du gain en capital de 500 000 \$;
- 1 M\$ en actions : imposition d'un gain en capital de 1 M\$ au décès de M. X.

Si la police d'assurance vie est « grand-pèrisée », le gain en capital de 1 M\$ de M. X est annulé par le report de la perte en capital de la succession du même montant et il n'y a aucune incidence fiscale.

Si la police d'assurance n'est pas « grand-pèrisée », le gain en capital de 1 M\$ de M. X ne pourra être annulé complètement. En effet, la perte en capital qui découle du rachat des actions de la succession au moyen du produit d'assurance vie sera réduite de 50 %⁴⁶. Le montant de la perte en capital de la succession qui pourra être reporté contre le gain en capital de M. X dans l'année du décès sera limité à 500 000 \$⁴⁷. Il en résultera un impôt au décès de 120 050 \$ pour M. X⁴⁸.

Dans ce dernier cas, les enfants non actifs dans l'entreprise ont un manque à gagner de 120 050 \$.

4. CONVENTION D'ACTIONNAIRES

4.1. LE CONJOINT N'EST PAS UN ACTIONNAIRE DE LA SOCIÉTÉ

Dans la mesure où le conjoint n'est pas actionnaire de la société, ce dernier n'aura pas à intervenir relativement à la convention d'actionnaires, à moins qu'il ne soit marié en vertu du régime de la société d'acquêts, ce qui serait assez surprenant. La rupture du lien conjugal ne devrait pas influencer sur la rédaction de la convention d'actionnaires en place.

4.1.1. Clause de cession des actions

Advenant que l'actionnaire ait besoin d'un montant de capital pour transférer celui-ci à son ex-conjoint et que la valeur de ses actifs soit concentrée dans ses actions de la société, il pourrait se trouver dans une situation où il doit emprunter et donner en garantie une partie des actions. Dans ce cas, il faudrait vérifier les termes de la convention d'actionnaires afin de déterminer s'il y a une prohibition de donner en garantie les actions, ce qui est généralement le cas.

Une possibilité pourrait être de verser un dividende sur les actions si la situation financière de la société le permet. C'est une solution plus coûteuse compte tenu du fait que l'actionnaire devra s'imposer sur le dividende. Si la

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ Par. 164(6) L.I.R.

⁴⁸ Nous vous référons aux tableaux comparatifs de l'impact fiscal au rachat des actions du texte de Murray SKLAR, « Produits financiers et compte de dividendes en capital : ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 20:1-38, à la page 20:38.

pension alimentaire versée est déductible, cela annulera l'effet de l'imposition du dividende.

De plus, s'il y a plusieurs actionnaires dans la société, il deviendra nécessaire d'incorporer des sociétés de gestion pour chacun des actionnaires (si ce n'est déjà fait) de façon que les autres actionnaires ne s'imposent pas sur un dividende si leur besoin de liquidité n'est pas le même. Ce dividende pourra engendrer un impôt de la Partie IV L.I.R. pour les actionnaires qui ne détiennent pas plus de 10 % de participation de l'actionnariat en vote et en valeur de la société⁴⁹.

4.1.2. Clause de double option

Il est généralement de mise d'inclure dans la convention d'actionnaires une clause de double option qui prend effet au moment du décès de l'actionnaire dans le but de s'assurer qu'il y aura transfert irrévocable des actions au conjoint survivant advenant son obligation de disposer des actions en faveur des autres actionnaires. Il va de soi qu'advenant une rupture du lien conjugal cette clause n'a plus sa raison d'être. La convention d'actionnaires ou la convention au décès devra être révisée en ce sens.

4.2. LE CONJOINT EST UN ACTIONNAIRE DE LA SOCIÉTÉ

Dans la mesure où les conjoints sont actionnaires actifs dans la même société, il faudra vérifier si la convention d'actionnaires a prévu la situation de la rupture du lien conjugal et ses conséquences sur la détention des actions. Si c'est le cas, il faudra discuter des modalités de la convention avec les actionnaires et voir si ces modalités seront respectées ou si les conjoints sont prêts à s'entendre sur d'autres modalités.

Si la convention ne prévoit pas ce qu'il advient dans le cas de la rupture de la relation conjugale, il faudra pallier cela. Les conjoints devront décider s'ils continuent d'exploiter l'entreprise ensemble ou si un des actionnaires se fait racheter sa participation ou si les activités de l'entreprise peuvent être divisées de façon que chacun des époux soit autonome dans son entreprise ou, en dernier ressort, s'il y a lieu de liquider la société.

Si les conjoints décident de continuer à exploiter l'entreprise ensemble, la convention d'actionnaires devrait être révisée compte tenu de la planification successorale en place à cette date. La clause de décès, de même

⁴⁹ Art. 186 L.I.R.

que le besoin d'assurance vie, devront être révisés. Sur ce dernier point, nous vous référons à la section précédente.

Les besoins financiers de chacun des conjoints ayant changé à compter de cette date, les autres clauses de la convention devraient être revues. Il y aura lieu de réviser plus particulièrement les clauses suivantes : celles de régie interne, celles relatives à la régie des actionnaires de même que celles relatives au retrait des actionnaires. Il n'est pas du propos du présent texte de faire une analyse exhaustive des modalités de la convention d'actionnaires. On se référera donc à cet égard à plusieurs textes publiés par l'Association de planification fiscale et financière sur ce sujet⁵⁰.

5. TESTAMENT

Il est évident que le testament des conjoints sera touché par la rupture du lien conjugal et devra être révisé compte tenu du fait que la valeur du patrimoine ainsi que les personnes que l'actionnaire désire avantager ne sont plus les mêmes. De plus, si une planification successorale a été mise en place et est révisée à la suite de cette rupture, le testament devra lui aussi être revu pour concrétiser cette nouvelle planification⁵¹.

6. PARTAGE DE LA PROPRIÉTÉ DES BIENS

6.1. LE TRANSFERT DES BIENS À LA SUITE D'UNE RUPTURE DU LIEN CONJUGAL

Le paragraphe 73(1) L.I.R. prévoit le transfert des biens entre époux ou conjoints de fait ainsi qu'entre ex-époux ou anciens conjoints de fait, en règlement des droits découlant de leur mariage ou union de fait, au CBR des

⁵⁰ Gilles LEGRIS, « Le rachat du vivant : la retraite et la relève dans la convention entre actionnaires », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 25:1-30, et Robert LANIEL, « Convention entre actionnaires – Le rachat au décès et en cas d'invalidité », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 27:1-28.

⁵¹ On se référera à un texte qui porte spécifiquement sur la planification testamentaire du propriétaire d'entreprise : Claudine PUGLIÈSE, « Planification testamentaire », dans *Colloque – La planification financière du propriétaire d'entreprise, gel successoral et fiducie*, 144, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 4:1-39.

biens. L'impôt est donc différé au moment de la disposition du bien par l'ex-époux ou l'ancien conjoint⁵².

Les conjoints ou anciens conjoints doivent être résidents du Canada à la date du transfert des biens. Le roulement est automatique, aucun formulaire prescrit ne doit être produit. Toutefois, il est possible de faire le choix que le conjoint s'impose au moment du transfert du bien. Dans ce cas, il suffit de l'indiquer dans la déclaration de revenus de l'année du transfert.

Si les biens sont transférés libres d'impôt, il faudra tenir compte dans le calcul du partage des biens de la charge fiscale attachée aux biens.

Le paragraphe 73(1.1) L.I.R. mentionne que, pour plus de certitude, un bien transféré à un cessionnaire, en vertu des lois d'une province ou d'une ordonnance d'un tribunal compétent en conformité avec ces lois, est réputé acquis par le cessionnaire et en être sa propriété et est réputé cédé par le cédant.

Selon l'ARC, le terme « transfert » a un sens large⁵³. Il englobe presque tous les moyens par lesquels une propriété ou un titre de propriété est cédé par une personne à une autre. Ce terme vise également une vente effectuée à la JVM ou non.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, il faudra déterminer à qui appartient le bien lors de la rupture du lien conjugal dans le but de déterminer s'il y a transfert du bien.

À ce titre, si un bien doit faire l'objet d'un partage à la suite de la dissolution du régime matrimonial, le paragraphe 248(22) L.I.R. prévoit que le bien appartient à la personne qui en avait la propriété immédiatement avant qu'il soit assujéti au régime matrimonial, donc avant le mariage ou l'union de fait. Dans les autres cas, la propriété du bien est réputée être à la personne qui en assure la gestion au moment du partage.

Un exemple de ce dernier cas serait, dans le cadre de la société d'acquêts au Québec, lorsque les époux sont réputés propriétaires indivis d'un bien propre ou acquêts qu'ils ne peuvent prouver appartenir

⁵² Par. 73(1.01) L.I.R.

⁵³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-325R2, « Transferts de biens après une séparation, un divorce ou une annulation de mariage », 7 janvier 1994.

exclusivement à l'un ou à l'autre⁵⁴. Alors, les biens seraient la propriété de la personne qui en assure la gestion au moment du partage.

Le paragraphe 248(23) L.I.R. prévoit que, dans le cas où le paragraphe 248(22) L.I.R. s'appliquerait, il y aurait transfert du bien si, après le partage des biens, la personne réputée être propriétaire du bien selon le paragraphe 248(22) L.I.R. n'en est plus propriétaire.

6.2. LES RÈGLES D'ATTRIBUTION AU MOMENT DU PARTAGE

6.2.1. Les paragraphes 74.2(1) et (2) L.I.R.

Bien qu'il y ait transfert libre d'impôt lors du partage des biens entre ex-époux ou anciens conjoints, il faut s'interroger afin de déterminer si les règles d'attribution s'appliquent aux biens transférés à la suite d'une rupture du lien conjugal.

On sait que, lors d'un transfert de biens entre conjoints ou conjoints de fait sans contrepartie ou pour une contrepartie moindre que la JVM, le revenu de bien provenant dudit bien ou le gain en capital provenant de sa disposition est imposé au niveau de l'auteur du transfert⁵⁵.

Heureusement, le législateur a prévu au paragraphe 74.5(3) L.I.R. que les règles d'attribution ne s'appliquent pas relativement au revenu de bien gagné tout au long de la période où les conjoints vivent séparés pour cause d'échec du mariage ou de l'union de fait⁵⁶.

Il n'y aura pas d'attribution du gain en capital à l'auteur du transfert du bien si, au moment où le conjoint ou conjoint de fait dispose du bien ou d'un bien substitué, les conjoints vivent séparés pour cause d'échec du mariage ou de l'union de fait. Toutefois, un choix conjoint doit être fait par les deux parties au transfert. Il n'y a pas de formule prescrite pour effectuer le choix. Une lettre jointe à la déclaration de revenus mentionnant le choix est adéquate.

On remarquera que, dans le cas de conjoints mariés, il n'est pas nécessaire qu'ils aient divorcé pour éviter les règles d'attribution; il suffit

⁵⁴ Art. 460 C.c.Q.

⁵⁵ Par. 74.1(1) et 74.2(1) L.I.R.

⁵⁶ Al. 74.5(3)a) L.I.R.

qu'ils vivent séparés pendant la période donnée (revenu de bien) ou au moment donné (gain en capital)⁵⁷.

En ce qui concerne les conjoints de fait, la définition de ce concept prévoit que les conjoints cessent d'être conjoints de fait après une période de 90 jours pendant laquelle ils vivent séparés pour cause d'échec de leur relation⁵⁸. Les règles d'attribution cesseront de s'appliquer uniquement à la fin de cette période de 90 jours de séparation causée par l'échec de la relation.

6.2.2. L'article 74.3 L.I.R.

Il existe une autre règle d'attribution prévue dans le cas où un bien serait transféré sans contrepartie ou pour une contrepartie inférieure à sa JVM à une fiducie dont le bénéficiaire est le conjoint ou le conjoint de fait⁵⁹.

Les paragraphes 74.1(1) et 74.2(1) L.I.R. prévoient aussi le transfert d'un bien au conjoint ou conjoint de fait au moyen d'une fiducie. Le montant de revenu⁶⁰ ou le gain en capital de la fiducie attribué au conjoint ou au conjoint de fait sera attribué à l'auteur du transfert du bien à la fiducie conformément à ces paragraphes.

Il ressort de cela que les règles prévues au paragraphe 74.5(3) L.I.R. s'étendent aussi au revenu ou au gain en capital attribué par la fiducie pour empêcher leur attribution pendant la période ou au moment où les conjoints vivent séparés.

6.2.3. Le paragraphe 74.4(2) L.I.R.

Si le propriétaire d'entreprise a effectué un gel de la valeur de ses actions en faveur d'une fiducie créée au profit de son époux ou de son conjoint de fait, l'émission d'actions participantes par la société à la fiducie

⁵⁷ Art. 507 C.c.Q. : « La séparation de corps délie les époux de l'obligation de faire vie commune, elle ne rompt pas le lien du mariage »; art. 516 C.c.Q. : « Le mariage se dissout par le décès de l'un des conjoints ou par le divorce ».

⁵⁸ Par. 248(1) « conjoint de fait » L.I.R.

⁵⁹ Art. 74.3 L.I.R.

⁶⁰ Par. 108(5) L.I.R. Le revenu inclus dans le revenu d'un bénéficiaire d'une fiducie en vertu des paragraphes 104(13) ou (14) ou de l'article 105 est réputé du revenu de bien, le bien étant la participation au revenu de la fiducie.

sera considérée comme un transfert de biens aux fins de l'application du paragraphe 74.4(2) L.I.R. Ce paragraphe prévoit que si, tout au long de la période, les conditions suivantes ne sont pas réunies, l'auteur du gel sera réputé avoir reçu un montant d'intérêt au taux prescrit de la période sur un montant correspondant à la valeur des actions qui ont fait l'objet du gel :

- la société est une société exploitant une petite entreprise;
- l'auteur du gel réside au Canada;
- le bénéficiaire du gel est une personne désignée en ce qui concerne l'auteur du gel.

Le paragraphe 74.5(4) L.I.R. prévoit que la règle d'attribution prévue au paragraphe 74.4(2) L.I.R. ne s'applique pas pour la période où l'époux ou le conjoint de fait vit séparément pour cause d'échec du mariage ou de l'union de fait.

6.3. RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE DU PAIEMENT DES IMPÔTS

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit la responsabilité solidaire de l'auteur du transfert et de son bénéficiaire pour le paiement des impôts suivants :

- l'impôt se rapportant aux règles d'attribution prévues des articles 74.1 à 75.1 L.I.R.;
- le moindre de l'excédent de la JVM des biens transférés sur la contrepartie reçue ou le montant des impôts que l'auteur du transfert doit payer pour l'année d'imposition du transfert ou une année antérieure au transfert⁶¹.

Il n'y a pas de responsabilité solidaire lorsque le transfert de biens entre époux ou conjoints de fait découle d'une ordonnance ou d'un jugement d'un tribunal compétent ou en vertu d'un accord écrit de séparation et qu'au moment du transfert le contribuable et son époux ou son conjoint de fait vivaient séparément par suite de la rupture de leur mariage ou union de fait⁶².

⁶¹ Par. 160(1) L.I.R.

⁶² Par. 160(4) L.I.R.

6.4. RÈGLES PLUS PARTICULIÈRES QUANT AU PROPRIÉTAIRE D'ENTREPRISE⁶³

Dans la présente partie du texte, nous analyserons comment le partage des biens peut être effectué lorsque les deux conjoints sont actionnaires de la même société ou lorsque les actions de la société représentent la plus grande part des actifs des conjoints.

Il va de soi que, s'il est possible de dédommager l'autre conjoint avec des actifs autres que les actions de la société, cela est la solution la plus acceptable et la plus viable pour la rentabilité de la société.

Toutefois, si cela n'est pas possible, il faudra envisager d'autres solutions. On peut penser aux possibilités suivantes :

- les actions d'un des actionnaires sont cédées à l'autre;
- les actions de la société sont transférées en satisfaction de sa part dans le partage des biens;
- les actions d'un conjoint sont rachetées par la société;
- l'entreprise est divisée entre les conjoints;
- la société est liquidée.

Nous analyserons chacune de ces options.

6.4.1. Les actions d'un des actionnaires sont cédées à l'autre

Dans la mesure où le partage des biens peut être fait avec des actifs autres que des actions, une épineuse question demeure : si les conjoints sont actionnaires d'une même entreprise, qu'advient-il de celle-ci? Il va de soi que si les actionnaires peuvent faire fi de leurs différends matrimoniaux et continuer d'exploiter l'entreprise, cela est de loin la meilleure solution.

⁶³ Lindsay Ann HISTROP, « Breaking up the Business with the Marriage », dans *1996 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1997, pp. 54:1-41 et E. Michael MCMAHON, « Division of corporate assets and support issues on marriage breakdown », dans *1997 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1997, pp. 1-30.

Dans le cas contraire, la vente des actions d'un conjoint à l'autre conjoint pourra être envisagée.

Dans ce cas, il faudra se référer à la convention d'actionnaires pour voir les modalités de la vente des actions, à savoir la détermination du prix de vente et la période de paiement. Si aucune convention d'actionnaires n'est signée, les termes de la vente devront être négociés au préalable.

Il faudra considérer les modalités du paragraphe 73(1) L.I.R. et effectuer le choix à savoir que les actions sont disposées à leur JVM. Il y aura imposition du gain en capital et le conjoint pourra réclamer son exemption du gain en capital dans la mesure où il satisfait aux tests de qualification à titre d'actions admissibles de petite entreprise (ci-après « AAPE »)⁶⁴.

Une attention particulière devra être portée par l'acquéreur des actions à la contrepartie à recevoir de la société de gestion, si ce dernier désire transférer les actions à une société de gestion dont il est le seul actionnaire.

L'article 84.1 L.I.R. prévoit que le CBR des actions acquises pourra être réduit du montant de l'exemption du gain en capital réclamé par une personne liée de qui il a acquis les actions.

Si, au moment de la vente des actions entre les conjoints, ceux-ci ne sont pas divorcés dans le cas de conjoints mariés ou s'il ne s'est pas écoulé 90 jours depuis la date où ils vivent séparés en raison de l'échec de leur union dans le cas de conjoints de fait, les personnes demeurent des personnes liées au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁶⁵.

Sur ce point, l'ARC a émis une interprétation aux fins de l'application de l'article 84.1 L.I.R. indiquant que les actions acquises d'un conjoint après le divorce pourraient être considérées comme acquises d'une personne liée si l'acquisition des actions fait partie d'une série de transactions prédéterminées qui commence avant que le divorce ne soit finalisé. De plus, cette interprétation précise que la présomption de personnes ayant un lien de

⁶⁴ Art. 110.6 L.I.R.

⁶⁵ Par. 248(1) « conjoint de fait » et al. 251(2)a) « personnes liées » L.I.R.

dépendance entre elles, prévue à l'alinéa 84.1(2.01)c) L.I.R.⁶⁶, pourrait aussi s'appliquer⁶⁷.

La diminution du CBR du montant de l'exemption du gain en capital réclamé par la personne liée, dans un contexte où l'article 84.1 L.I.R. s'applique, pourrait générer un dividende présumé si le capital versé des actions reçues en contrepartie ainsi que la JVM de la contrepartie reçue, autre que des actions, sont plus élevés que le plus élevé du capital versé des actions échangées ou le CBR de telles actions.

Exemple

Marie vend ses actions à Pierre pour une contrepartie de 500 000 \$ et réclame son exemption du gain en capital de 500 000 \$, le coût de base des actions étant nominal. Pierre transfère ces actions à sa société de gestion et reçoit en contrepartie des actions ayant un capital versé de 100 000 \$ et une somme d'argent de 400 000 \$. Il découlera de ce transfert un dividende de 500 000 \$ pour Pierre.

Une attention particulière devra être apportée lors d'une vente d'actions entre ex-époux ou anciens conjoints de fait.

La transaction pourra aussi être structurée de façon que le paiement soit étalé sur une période de cinq ans afin que le vendeur puisse utiliser le mécanisme de la réserve pour imposer le gain en capital sur une période de cinq ans dans la mesure où l'exemption du gain en capital ne peut être réclamée ou s'il y a un solde imposable après avoir utilisé ladite exemption⁶⁸.

6.4.2. Les actions de la société sont transférées en satisfaction de sa part dans le partage des biens

Dans le cas où les actions ou une partie des actions sont transférées à la suite du partage des biens entre les ex-époux ou les anciens conjoints, il

⁶⁶ Cet alinéa prévoit que, lorsqu'une action appartenant à une autre personne est dévolue à une autre par une série d'opérations entre personnes ayant un lien de dépendance, ces deux personnes sont réputées à tout moment avoir un lien de dépendance entre elles.

⁶⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 1999-0008625, 1^{er} février 2000.

⁶⁸ S.-al. 40(1)a)(iii) L.I.R.

faudra prendre en compte dans cette négociation qui supportera la charge fiscale inhérente aux actions transférées. Le paragraphe 73(1) L.I.R. permet d'effectuer le transfert au CBR des actions ou à leur JVM, donc sans ou avec charge fiscale.

Si le choix est effectué pour que les actions soient transférées à leur JVM, c'est donc dire que l'on aura considéré que la valeur du bien transféré est égale à sa JVM moins la charge fiscale afférente, s'il y a lieu. Dans la mesure où la charge fiscale est réduite, compte tenu de l'exemption du gain en capital réclamée, il faut se référer aux remarques de la section précédente à ce sujet.

S'il y a transfert des actions au conjoint et que ce dernier désire à un moment donné vendre les actions et réclamer l'exemption de gain en capital, le test de détention devra être respecté. Les actions se qualifieront à titre d'AAPE si elles sont détenues par l'actionnaire ou par une personne qui lui est liée depuis deux ans au moment de la vente.

Dans la mesure où les conjoints sont divorcés ou ont mis fin à leur union conjugale dans cette période, le test de détention ne sera pas respecté puisque les ex-époux ou anciens conjoints ne sont plus des personnes liées pendant cette période. L'ex-époux ou l'ancien conjoint devra attendre deux ans après leur acquisition pour en disposer et respecter le test de détention⁶⁹.

6.4.3. Les actions d'un conjoint sont rachetées par la société

Il est aussi possible que les actions du conjoint soient rachetées par la société. Cela a l'avantage d'utiliser de l'argent avant impôts pour l'actionnaire qui désire acquérir les actions. L'impact fiscal pour le conjoint qui cède ses actions est différent.

Le rachat des actions entraîne l'imposition d'un dividende égal à la différence entre la valeur de rachat et le capital versé des actions rachetées. Le rachat provoque aussi une disposition des actions. Toutefois, le produit de disposition est réduit du montant du dividende imposable de façon à éviter une double imposition. Si le CBR des actions est égal à leur capital versé, il n'y aura ni gain ni perte en capital. Si le CBR est plus élevé, il en résultera une perte en capital.

⁶⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique AC58958, 15 novembre 1989.

Dans la mesure où la société possède un CDC, il sera toujours possible de faire le choix que le dividende provienne de ce compte et qu'il soit non imposable au niveau de l'actionnaire cédant⁷⁰.

Si la société est obligée d'emprunter pour effectuer le rachat d'actions, les intérêts sur l'emprunt seront déductibles dans la mesure où le capital remplacé aura servi à gagner du revenu d'entreprise ou de biens⁷¹.

Si l'on désire effectuer le rachat des actions du conjoint sans être obligé d'emprunter, il serait possible d'effectuer un gel des actions ordinaires détenues par le conjoint en les convertissant en actions non participantes rachetables à leur valeur déterminée par les conjoints au moment du gel. La société pourrait racheter les actions sur une période déterminée entre les conjoints. Cette option a pour avantage de ne pas faire une ponction financière dans la société pour une seule année, mais plutôt de l'étendre sur une période donnée.

6.4.4. L'entreprise est divisée entre les conjoints

Il est possible que les conjoints veuillent diviser l'entreprise entre eux de façon à être autonomes. Il est clair que ce ne sont pas toutes les entreprises qui pourront se prêter à un tel exercice sans que leur survie soit menacée. Toutefois, une entreprise de placement ou une entreprise où les activités peuvent être divisées et être autonomes sans risque financier pourront envisager une telle possibilité.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* est quelque peu contraignante lorsque l'on désire procéder à une telle division. Il faudra considérer les règles du paragraphe 55(2) L.I.R. qui ne permettent pas que les surplus autres que ceux afférents aux opérations courantes de l'entreprise ne fassent l'objet d'une distribution libre d'impôt au moyen d'un dividende intercorporate. Ces surplus seront nécessairement classifiés en gain en capital et imposés en conséquence. Les surplus qui peuvent être distribués sont appelés « revenu protégé ».

⁷⁰ Par. 83(2) L.I.R.

⁷¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003, par. 23. Toutefois, la déductibilité des intérêts est présentement en révision par le ministère des Finances du Canada.

Il existe des exceptions à cette règle, à savoir lorsque les parties sont liées au moment où elles effectuent ses opérations⁷² ou dans le cas où chaque actionnaire d'une société donnée transporterait dans sa propre société, en proportion de son actionnariat, chaque type de biens de la société donnée⁷³. Cette dernière exception est communément appelée une « transaction papillon ».

L'ARC a eu à se prononcer sur la question de savoir si la réorganisation d'une société entraînant sa division en prévision d'un divorce des actionnaires pouvait être exemptée des règles du paragraphe 55(2) L.I.R., cela en vertu de l'exception relative aux transactions entre personnes liées prévue à l'alinéa 55(3)a) L.I.R.⁷⁴

La décision portait sur des conjoints qui détenaient respectivement 51 et 49 actions ordinaires d'une société de placement. Les deux conjoints désiraient procéder à la division de leur actionnariat avant que le divorce ne soit prononcé. M^{me} X transporterait sa part des placements dans une société distincte qu'elle contrôlerait totalement et couperait les liens avec la société de son conjoint.

La décision statua que le paragraphe 55(2) L.I.R. ne s'appliquait pas, cela en vertu de l'exception relative aux personnes ayant un lien de dépendance prévue à l'alinéa 55(3)a) L.I.R. En effet,

« Monsieur et Madame ne seront plus mariés à la conclusion de la série d'opérations comprenant les transactions proposées, en vertu de leur divorce qui fait partie de la série d'opérations et d'événements. Toutefois, pendant que les transactions proposées se dérouleront, ils seront toujours mariés l'un à l'autre, donc liés l'un à l'autre⁷⁵ »,

ainsi qu'aux deux sociétés dont il était question.

Le test de « personnes ayant un lien de dépendance » s'applique donc au moment de la disposition du bien ou de l'augmentation de la participation de

⁷² Al. 55(3)a) L.I.R.

⁷³ Al. 55(3)b) L.I.R.

⁷⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Décision en matière d'impôt sur le revenu* ATR-58, « Réorganisation entraînant une division », 11 juin 1993.

⁷⁵ *Id.*

l'une des personnes dans une société et non à l'étape finale des transactions lorsque les parties divorcent⁷⁶.

Le test de « personnes ayant un lien de dépendance » a été remplacé dans le Budget du 22 février 1994 par celui de « personnes liées ». Il a aussi été mentionné que ce test devait s'appliquer à toutes les étapes de la série d'opérations ou d'événements, sauf dans le cas de divorce où il n'est pas nécessaire de respecter le test à l'étape finale des transactions. Il a aussi été indiqué que l'interprétation relative au divorce est un adoucissement administratif. Toutefois, dans le cas de divorce, les transactions doivent être terminées avant que le divorce ne devienne final⁷⁷.

Si les conjoints sont conjoints de fait, le lien cesse 90 jours après la date de séparation attribuable à l'échec de la relation⁷⁸. La séparation des actifs devra donc être effectuée avant que ce délai ne soit écoulé.

6.4.5. La société est liquidée

Advenant l'impossibilité de négocier une entente entre les conjoints, la dernière possibilité est de liquider la société. Les incidences fiscales sont semblables à celles exprimées pour le rachat d'actions. En effet, la liquidation de la société entraîne le paiement des dettes et la distribution des actifs aux actionnaires.

Il en découle pour l'actionnaire un dividende réputé égal à la différence entre la JVM des biens reçus et du capital versé des actions détenues par l'actionnaire. Le dividende vient diminuer le produit de disposition des actions et entraîne généralement une perte en capital si le CBR des actions est supérieur au capital versé des actions⁷⁹.

CONCLUSION

La rupture du lien conjugal pour le propriétaire d'entreprise entraîne donc l'obligation de revoir la planification financière et fiscale de celui-ci. À

⁷⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques AC59293, 19 mars 1990 ; ACC9307, 15 août 1990.

⁷⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9414995, 24 août 1994.

⁷⁸ Par. 248(1) « conjoint de fait » L.I.R.

⁷⁹ Par. 84(2) L.I.R.

ce titre, comme nous avons constaté que plusieurs documents juridiques devront être révisés, une étude soigneuse des incidences fiscales s'y rattachant devra être réalisée conjointement.

PRÉVOIR L'IMPRÉVISIBLE – COMPARAISON TECHNIQUE DE PLANIFICATIONS POST MORTEM



Paule Gauthier
CA, LL. M., Pl. Fin.
Financière Banque Nationale

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	39:3
1. L'ENJEU DE BASE – ÉLIMINER LA DOUBLE IMPOSITION	39:3
1.1. POUVOIRS DU LIQUIDATEUR	39:6
2. STRATÉGIE USUELLE DES ANNÉES PASSÉES – ÉLIMINER LE GAIN EN CAPITAL	39:6
2.1. CRÉATION D'UNE PERTE DANS LA PREMIÈRE ANNÉE FISCALE DE LA SUCCESSION	39:6
2.1.1. Refus de la perte au rachat – Paragraphe 40(3.6) L.I.R.....	39:7
2.1.2. Affiliation entre la succession et la société.....	39:8
2.1.3. Liquidation de la société	39:8
2.1.4. Transfert des actions « vidées » à l'héritier	39:9

2.1.5.	Règle de refus de perte prévue au paragraphe 40(3.4) L.I.R.....	39:9
2.1.6.	Minimisation des pertes par le dividende en capital – Paragraphe 112(3.2) L.I.R.....	39:9
2.1.7.	Pièges et contre-indications	39:10
3.	STRATÉGIE DES ANNÉES RÉCENTES – ÉLIMINER LE DIVIDENDE	39:11
3.1.	LE « PIPELINE »	39:11
3.1.1.	Pièges et contre-indications	39:13
3.2.	LA MAJORATION DU COÛT DES ACTIFS DE LA SOCIÉTÉ (<i>BUMP</i>) – ALINÉA 88(1D) L.I.R.	39:15
3.2.1.	Pièges et contre-indications	39:15
CONCLUSION		39:16

INTRODUCTION

La modification de la structure des taux d'imposition et certaines modifications législatives récentes telles que la nouvelle définition de personne affiliée sont venues bouleverser les stratégies de planification *post mortem* utilisées couramment jusqu'alors. Le présent texte¹ ne vise nullement à décrire ces stratégies en détail; elles ont été documentées² abondamment lors des derniers congrès de l'Association de planification fiscale et financière et d'associations similaires. Le présent texte vise plutôt à recentrer ces stratégies dans un contexte de planification ayant eu lieu plusieurs années avant le décès, lorsque tous les paramètres au décès n'étaient pas encore établis. Certaines stratégies *post mortem* sont plus facilement utilisables que d'autres, et certains contextes commerciaux sont plus propices à des stratégies particulières. D'autres situations familiales viendront limiter encore l'utilisation de plusieurs stratégies.

1. L'ENJEU DE BASE – ÉLIMINER LA DOUBLE IMPOSITION

Les conséquences fiscales qui se produisent au décès d'un actionnaire dirigeant donnent lieu *a priori* à un phénomène de double imposition :

- l'impôt sur le gain en capital réalisé par la disposition présumée à leur juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des actions immédiatement avant le décès (en l'absence de roulement au conjoint);

¹ Le présent texte, bien qu'ayant été préparé avec soin, ne constitue qu'un survol de certaines pratiques et ne prétend pas être complet. Il ne devrait pas se substituer à des conseils fiscaux sur les planifications particulières envisagées.

² À titre de référence, le lecteur pourra consulter : Jean-François THUOT, « Planification dans un contexte de changement des taux d'impôt corporatif et des particuliers », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 40:1-50; Jim BARNETT, Peter EVERETT, Chris IRELAND et Shelagh RINALD, « Post Mortem Planning for Private Company Shares – The New Regime », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 32:1-95; Manjit SINGH, « An introduction to the "Bump" Rules », dans *2003 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004, pp. 51:1-31 ainsi que la série d'articles suivants : Brian NICHOLS, « Double Taxation 101 », avril 2002; Michael ATLAS, « Post-Mortem Tax Planning Using Subsection 164(6) in Connection with Shares of Canadian Private Corporations », n° 90, juillet 2002 et David LOUIS, « 164(6) – This Time in Context », octobre 2002, *Estate Planning in the 21st Century*, *Estate Planner Newsletter*, *Canadian Estate Planning Guide*, CCH Canadian Ltée.

- le paiement de la facture fiscale au décès étant la responsabilité du liquidateur de la succession, celui-ci devra souvent obtenir les fonds de la société, sous forme de dividende, immédiatement pour le paiement des impôts ou plus tard pour le remboursement au payeur.

S'ensuivent donc deux impositions sur le même montant soit sur une partie ou la totalité de la valeur de la société. Bien évidemment, des planifications *post mortem* sont utilisées la plupart du temps pour éliminer un de ces impôts et ramener le tout à une simple imposition.

Le tableau suivant donne les taux d'imposition actuels d'un particulier au Québec, sur différents revenus de placement.

Taux marginaux combinés maximaux sur revenus de placement personnels - Québec				
	Intérêts	Dividendes	Gain en capital total	Écart dividende - gain en capital
2004	48,22	32,81	24,11	8,70
Février à octobre 2000	50,67	35,04	33,78	1,26
Avant le 28 février 2000	50,67	35,04	38,01	(2,97)

Le tableau nous donne l'explication de l'évolution des stratégies *post mortem* au cours des dernières années. En limitant les commentaires pour l'imposition au taux marginal maximal, on remarque qu'avant le 28 février 2000, les dividendes étaient imposés à 2,97 % de moins que le gain en capital total. En février de l'année 2000, la modification du taux d'inclusion des gains en capital passant de 75 % à 66,6 % a eu pour effet de diminuer le taux d'imposition net du gain en capital pour le ramener à 33,78 % et renverser l'écart avec les dividendes à 1,26 % favorable au gain en capital. Mais lorsque l'inclusion des gains en capital a été portée à 50 % en octobre 2000, l'écart favorable au gain en capital se creusa pour atteindre 8,70 %. Les stratégies *post mortem* utilisées jusqu'alors pour éliminer le gain en capital et imposer le dividende ont été adaptées pour éliminer le dividende et favoriser le gain en capital.

En étant rigoureux, on devrait plutôt parler de triple imposition :

- l'impôt de la société sur son revenu et sur la réalisation de ses actifs (gain en capital, récupération);
- l'impôt sur le dividende reçu par l'actionnaire lorsque les fonds sont retirés de la société; et
- l'impôt de l'actionnaire sur le gain en capital des actions détenues.

Les mécanismes d'intégration prévus par la loi (compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »), impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD »), majoration du dividende reçu et crédit d'impôt pour dividendes) permettent d'éliminer la double imposition des deux premiers, soit l'impôt de la société et l'impôt de l'actionnaire sur le dividende, pour les sociétés canadiennes imposables³. Il reste donc la double imposition du dividende et du gain en capital. Gardons en mémoire l'imposition de la société puisque, comme nous le verrons plus loin, cet impôt nous atteindra tout de même lors du choix des stratégies car certaines d'entre elles pourraient déclencher une disposition d'un bien détenu par la société, avec la réalisation possible d'un gain ou d'une perte en capital et d'une récupération d'amortissement dans le cas d'un bien amortissable.

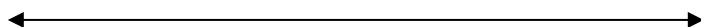
Si on place les différentes stratégies sur un continuum gradué selon le type de revenu imposé immédiatement au décès, on trouverait, à l'extrême gauche, les stratégies qui éliminent la double imposition en conservant le revenu sous forme de dividende et à l'extrême droite, celles qui éliminent la double imposition en reflétant le revenu sous forme de gain en capital. Entre les deux, d'autres stratégies peuvent aussi être utilisées. Et ces stratégies sont commentées ci-dessous d'après leur contexte, favorable ou non, et leur facilité d'utilisation.

³ Pour les sociétés privées dans le cas du CDC.

La planification *post mortem* d'une société opérante sur un continuum

Distribution des actions (par. 107(2.001) L.I.R.)	« Pipeline » ou <i>bump</i> avec roulement (mélange dividende – gain en capital)	<i>Bump</i> 100 % gain en capital

Dividende de liquidation		« Pipeline » 100 % gain en capital



Dividende

Gain en capital

1.1. POUVOIRS DU LIQUIDATEUR

Dans tous les cas de réorganisation *post mortem*, il est nécessaire que le liquidateur ait des pouvoirs particuliers conférés par le testament, notamment ceux de liquider la société, de disposer des actions et de faire des choix en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴.

2. STRATÉGIE USUELLE DES ANNÉES PASSÉES – ÉLIMINER LE GAIN EN CAPITAL**2.1. CRÉATION D'UNE PERTE DANS LA PREMIÈRE ANNÉE FISCALE DE LA SUCCESSION**

La première stratégie consiste à éliminer le gain en capital au décès, en déduisant une perte en capital réalisée par la succession dans sa première année fiscale. Normalement, la perte est réalisée lors du rachat des actions de la société pour annulation. Une perte sera réalisée dans la mesure où le capital versé des actions est inférieur au prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions pour la succession.

Cette stratégie est souvent utilisée lorsque la société a un solde d'IMRTD dont elle veut obtenir le remboursement ou lorsqu'elle a un CDC dont elle veut profiter.

⁴ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

Le principe général, compte non tenu de l'effet des différentes règles des pertes restreintes qui seront vues plus loin, est illustré de la façon suivante :

DÉCÉDÉ

Disposition réputée

Produit de disposition réputé au décès	1 000 000
PBR des actions	<u>0</u>
Gain en capital	<u>1 000 000</u>
Perte en capital de la succession	1 000 000
Gain en capital net au décès	0

SUCCESSION

Rachat des actions

Produit de disposition au rachat	1 000 000
moins	
Capital versé	0
=	
Dividende réputé	<u>1 000 000</u>
Produit de disposition au rachat	1 000 000
moins	
Dividende réputé	1 000 000
=	
Produit de disposition ajusté	<u>0</u>
moins	
PBR pour la succession	1 000 000
=	
Gain (perte) en capital	<u>(1 000 000)</u>

2.1.1. Refus de la perte au rachat – Paragraphe 40(3.6) L.I.R.

Certaines précautions doivent être prises préalablement au décès afin d'éviter l'application d'une règle de pertes restreintes prévue au paragraphe 40(3.6) L.I.R. Ce paragraphe prévoit, de façon simplifiée dans un contexte de rachat d'actions détenues par une succession, que dans le cas où la succession dispose d'une action de la société (le rachat) en faveur de cette société et que celle-ci lui est affiliée immédiatement après la disposition, la perte de la succession résultant de la disposition est réputée nulle et celle-ci doit ajouter cette perte au PBR de ses actions détenues immédiatement après la disposition.

En pratique, cette disposition est habituellement contournée si :

- la société n'est plus affiliée à la succession après le rachat; ou
- la société est liquidée lors du rachat des actions.

2.1.2. Affiliation entre la succession et la société

Relativement à la condition d'affiliation entre la société et la succession après le rachat, plusieurs stratégies ont été planifiées en prévoyant que le liquidateur ne sera pas affilié avec les légataires des actions de la société qui vont rester en vigueur après le rachat des actions de la succession. Cela permettait jusqu'à récemment d'éviter que la succession, représentée par son liquidateur, ne soit affiliée à la société immédiatement après le rachat. Le Budget fédéral de 2004 est venu bouleverser cette stratégie par une petite modification à la définition de personne affiliée. Depuis le 22 mars 2004, un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie sera affilié à cette fiducie. De façon rapide, le bénéficiaire détenant une participation majoritaire dans une fiducie sera la personne qui a un droit de bénéficiaire, dans le revenu ou dans le capital, de plus de 50 % de la JVM de l'ensemble des participations au revenu ou au capital, selon le cas⁵.

Plusieurs planifications, particulièrement celles concernant peu de légataires ou dans un contexte d'utilisation de fiducies familiales discrétionnaires, pourraient nécessiter un réexamen et des rajustements si la perte de la succession se trouvait inutilisable à la suite du Budget de 2004.

2.1.3. Liquidation de la société⁶

Une méthode couramment utilisée pour s'assurer de l'utilisation de la perte en capital par la succession est de procéder à une liquidation de la société pour réaliser la perte. La société étant liquidée, elle n'est pas affiliée à la succession immédiatement après la disposition.

⁵ Pour une analyse plus détaillée de ces règles, nous référons le lecteur au texte de Martin LORD, « Budget fédéral 2004 : Règles proposées sur les personnes affiliées et fiducies (comprenant les successions) », dans *Congrès 2004*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2005, pp. 40:1-38.

⁶ Voir l'article de M. ATLAS, *loc. cit.*, note 2.

2.1.4. Transfert des actions « vidées » à l'héritier⁷

Depuis quelques années, une autre stratégie a été employée pour réaliser la perte en capital dans la succession. Elle consiste en la déclaration d'un dividende sur les actions pour en diminuer la valeur au niveau de la succession, suivie du transfert aux héritiers pour lequel un choix est exercé de ne pas effectuer de roulement mais de plutôt réaliser le transfert à la JVM⁸. Ce transfert déclencherait une perte pouvant être transférée au décédé⁹.

2.1.5. Règle de refus de perte prévue au paragraphe 40(3.4) L.I.R.

Depuis les modifications à la définition de personnes affiliées pour inclure une fiducie avec son bénéficiaire majoritaire, une règle des pertes restreinte, proche de celle prévue au paragraphe 40(3.6) L.I.R. mais prévue au paragraphe 40(3.4) L.I.R., pourrait s'appliquer dans plusieurs situations. Cette règle s'applique notamment lors d'un transfert de la succession à une personne qui lui est affiliée – le bénéficiaire de la succession, dans certains cas¹⁰. La conséquence est le refus de la perte pour la succession, son report à une date ultérieure, soit généralement le moment de la disposition des actions détenues par l'héritier bénéficiaire du transfert. La perte est donc différée et n'est plus réalisée dans l'année qui suit le décès; conséquemment, elle n'est donc plus transférable au décédé. Cette planification peut souvent devenir inefficace à la lumière des modifications et nécessiter un réexamen.

2.1.6. Minimisation des pertes par le dividende en capital – Paragraphe 112(3.2) L.I.R.

La règle de minimisation des pertes prévue au paragraphe 112(3.2) L.I.R. peut diminuer le montant de perte qui peut être utilisé par la succession, lorsque nous sommes dans un contexte où un gain en capital imposable au décès est remplacé par un dividende en capital non imposable réalisé lors du rachat des actions. Cette règle fut introduite pour diminuer le traitement favorable pour le décédé lorsque ses actions à haut PBR de la

⁷ *Id.*

⁸ Par. 107(2.001) L.I.R.

⁹ Par le paragraphe 164(6) L.I.R. si la perte est réalisée dans la première année fiscale de la succession.

¹⁰ M. LORD, *loc. cit.*, note 5.

succession étaient rachetées par une prestation décès dont une bonne partie était désignée comme dividende en capital, non imposable pour l'actionnaire résident canadien.

Le cas type consiste en des actions privilégiées, qui sont totalement remboursables au décès et dont le dividende est désigné comme venant du CDC créé par un versement de prestation décès à la société. Dans ce contexte, seule la moitié de la perte pourrait être utilisée et reportée au décédé.

On peut manœuvrer autour de cette règle pour ne pas gaspiller le CDC et désigner un maximum de 50 % de la perte comme dividende en capital, et le reste est imposé comme dividende imposable. Le but est d'éliminer la double imposition en conservant la moitié comme dividende imposable, et l'autre moitié comme dividende en capital.

Plusieurs scénarios différents peuvent aussi se produire. Ce sujet ayant déjà été traité maintes fois à l'occasion des congrès précédents, nous ne nous y attardons que pour le survoler et suggérer au lecteur de consulter les textes plus complets publiés dans les années passées.

2.1.7. Pièges et contre-indications

2.1.7.1. Réalisation de la perte dans l'année qui suit le décès

L'essentiel de la stratégie repose donc sur la réalisation d'une perte en capital par la succession dans l'année qui suit le décès (plus précisément dans la première année fiscale de la succession), et son report dans la déclaration finale du décédé. La perte de la succession ne doit pas être réduite ou réputée nulle à cause d'un lien d'affiliation entre la succession et le bénéficiaire du transfert ou entre la succession et la société. Lorsqu'on ne peut éviter que la succession (ses bénéficiaires majoritaires) soit affiliée aux héritiers bénéficiaires des actions, ou avec la société, il faudra nécessairement effectuer une liquidation totale de la société et en distribuer les biens, afin de créer une perte qui pourra être utilisable par la succession, et reportée au décédé par le paragraphe 164(6) L.I.R.

Cette distribution peut être problématique lorsque les biens de la société ne sont pas liquides, comportent un gros gain en capital latent ou une récupération d'amortissement latente.

Lorsque les problèmes d'affiliation ne peuvent être évités, et qu'il est difficile pour la société de distribuer des actifs ou des fonds sous forme de

dividendes, l'autre choix consisterait plutôt à considérer des stratégies visant à éliminer le dividende pour conserver le gain en capital.

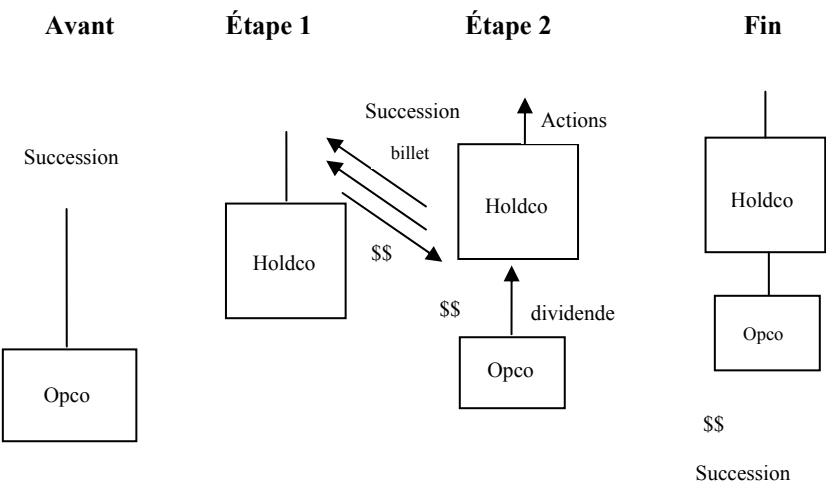
La présence de prestation décès versée à la société et le désir les actionnaires survivants de garder le CDC pour eux-mêmes vont obliger la conversion d'une portion du gain latent du décédé (habituellement 50 %) en dividende imposable.

3. STRATÉGIE DES ANNÉES RÉCENTES – ÉLIMINER LE DIVIDENDE

3.1. LE « PIPELINE »

À l'extrême droite du continuum se situent les stratégies visant à éliminer le dividende pour ne conserver que le gain en capital. La stratégie du « pipeline » est l'expression la plus simple et la plus pure de toutes ces stratégies mais elle ne peut malheureusement pas être utilisée dans tous les cas.

Le principe de base est illustré dans le graphique suivant :



Au décès de l'actionnaire, un gain en capital est réalisé lors de la disposition présumée à la JVM au décès et les actions sont transférées à la succession avec un PBR égal à leur JVM. En premier lieu, la succession crée une nouvelle société pour ensuite y transférer les actions de la société en

échange d'un billet à payer, et sans contrepartie en actions (dans la version de la stratégie la plus pure). La société opérante distribue ses actifs sous forme de dividende intersociétés ou alors est liquidée dans la société de portefeuille. La société de portefeuille utilise ensuite ses actifs pour rembourser le billet à payer à la succession. La succession a donc accès aux fonds sans devoir s'imposer sur le dividende qui créerait la double imposition.

Normalement, l'article 84.1 L.I.R. devrait entrer en jeu puisqu'il s'agira souvent de transfert d'actions entre parties liées et que les deux sociétés seront habituellement rattachées après le transfert. Dans un scénario idéal, son effet serait de déclencher un dividende réputé pour la différence entre le montant du billet à payer et le plus élevé du PBR et du capital versé des actions transférées, qui est de 0 dans notre exemple. Or, le scénario n'est pas toujours idéal et l'article 84.1 L.I.R. pourrait entraîner la réalisation d'un dividende présumé, par exemple lorsque les actions transférées ont fait bénéficier le décédé (ou une personne liée) de la déduction pour gain en capital (ci-après DGC)¹¹ ou qu'une partie du gain accumulé est relatif à la détention antérieure au 31 décembre 1971. Cette conséquence serait fâcheuse puisque la succession pourrait se retrouver imposée sur un dividende à 33 %, en ayant voulu éviter l'imposition sur un gain en capital à 24 % par l'utilisation de la DGC. Le scénario idéal serait toutefois le suivant :

DÉCÉDÉ

Disposition réputée

Produit de disposition réputé	
au décès	1 000 000
PBR des actions	<u>0</u>
Gain en capital	<u>1 000 000</u>

SUCCESSION

Disposition des actions contre billet promissaire

Produit de disposition	1 000 000
moins PBR	<u>1 000 000</u>
Gain ou perte	<u>0</u>

¹¹ Selon l'identité des héritiers, la succession pourrait avoir acquis les actions du décédé dans une transaction avec un lien de dépendance entre la succession et le décédé en vertu du concept de lien de dépendance élargi à l'alinéa 251(1)b) L.I.R.

Dividende réputé selon l'article 84.1 L.I.R.		
Billet promissaire		1 000 000
moins le plus élevé de :		
PBR des actions	1 000 000	
et		
CV	nominal	<u>1 000 000</u>
Dividende réputé		<u>0</u>

3.1.1. Pièges et contre-indications

En raison de plusieurs pièges dans la stratégie du « pipeline », il peut être difficile de faire des prévisions en fonction de cette stratégie. Il faut notamment que le liquidateur ait les droits requis pour procéder au transfert des actions à une société. D'autres éléments doivent être considérés.

3.1.1.1. Utilisation de la DGC et gain antérieur à 1972

L'utilisation antérieure de la DGC pour le gain réalisé sur les actions, ainsi que la présence d'une partie du gain en capital latent générée par une portion antérieure au 31 décembre 1971 pourrait, dans certains cas, avoir pour effet de neutraliser l'avantage fiscal de cette stratégie.

3.1.1.2. Difficultés techniques de l'article 84.1 L.I.R.

L'article 84.1 L.I.R. a pour objet d'empêcher l'élimination du surplus d'une société et sa conversion en un paiement libre d'impôt lorsqu'il y a un transfert d'actions entre personnes ayant un lien de dépendance. Cette disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit une diminution du capital versé lorsqu'une action émise par l'acheteur fait en sorte qu'une partie de la contrepartie autre que des actions versées par l'acheteur puisse être réputée constituer un dividende. En dehors du scénario idéal selon lequel aucun dividende n'est présumé, plusieurs pièges peuvent être présents dans l'application pratique de cet article, notamment ceux entourant les transferts entre personnes liées (décédé – succession). Il serait donc hasardeux de présumer que le scénario idéal aurait application au moment du décès à survenir dans l'avenir, lorsque les conditions de lien de dépendance et d'actionnariat de la société au transfert des actions pourraient être différentes de celles analysées à un moment antérieur au décès. La personne prudente gardera à l'esprit la présomption possible d'un dividende, pour un montant au moins équivalent à toute DGC réclamée et tout gain accumulé avant 1972.

3.1.1.3. Augmentation de la valeur des actions de la société entre le décès et le transfert

Le scénario idéal réside dans le calcul du dividende réputé à l'article 84.1 L.I.R. lorsque les conditions requises sont présentes pour que le PBR des actions transférées soit supérieur au capital versé et égal au billet à payer. Le dividende réputé est idéalement de 0.

Or, si l'on se transpose dans le futur lors du règlement de la succession, on peut imaginer que le règlement de la succession pourra prendre un certain temps et que les stratégies de réorganisation *post mortem* pourront être retardées, par exemple par une contestation du testament ou une réclamation contre la succession. Il se peut que la valeur de l'actif de la société ait augmenté entre la date du décès et celle du transfert des actions à une nouvelle société. Ce nouveau transfert se ferait *a priori* à la JVM et entraînerait l'imposition d'un gain en capital additionnel et des impôts additionnels payables. La succession pourrait bénéficier d'un roulement et effectuer un choix en vertu de l'article 85 L.I.R. pour autant que le liquidateur en ait la liberté, en transférant les actions selon une somme convenue inférieure à la JVM, dans le but de différer la réalisation de ce gain en capital. La transaction sera alors soumise au calcul du dividende réputé qui pourrait s'avérer plus élevé que 0 selon les conditions de la transaction et la contrepartie autre qu'en actions choisie.

3.1.1.4. Les actifs de la société doivent être liquides ou monétisables

La stratégie prévoit le remboursement du billet émis à la succession par la nouvelle société créée. Celle-ci doit donc disposer des liquidités nécessaires pour effectuer le remboursement. Si la société transférée ne dispose pas des liquidités nécessaires pouvant être versées à la nouvelle société, la planification ne permettra pas à la succession d'en tirer des bienfaits. Des actifs de la société peuvent devoir être vendus et ainsi générer un impôt à payer par la société avant le remboursement du billet. On tente habituellement de régler ce problème par l'utilisation d'un mécanisme disponible lors des liquidations de filiales pour majorer le coût indiqué des actifs pour la société mère (en anglais : *bump*)¹². Cette technique est exposée plus loin dans le présent texte.

¹² Al. 88(1)d) L.I.R.

3.2. LA MAJORATION DU COÛT DES ACTIFS DE LA SOCIÉTÉ (BUMP) – ALINÉA 88(1)D) L.I.R.¹³

La planification utilisant la majoration du coût des actifs de la société est une variation de la stratégie du « pipeline » en ce qu'elle requiert obligatoirement la fusion ou la liquidation de la filiale vendue dans la société mère acheteuse, pour ensuite utiliser une disposition particulière permise dans les fusions et liquidations qui consiste en l'accroissement du coût des actifs de la filiale, lorsqu'ils sont déterminés dans la société fusionnée ou la société mère. Lorsqu'elle est possible, cette stratégie est plus efficace que le « pipeline » simple puisqu'elle permet de diminuer l'impôt au niveau de la société, lors de la revente de l'actif. Par contre, la stratégie est restreinte aux biens non amortissables et ses conditions d'application complexes rendent souvent son utilisation difficile en pratique.

3.2.1. Pièges et contre-indications

3.2.1.1. Règles de déni de majoration

Normalement, la règle de la majoration du coût est prévue pour être disponible pour un acheteur non lié qui se porterait acquéreur d'une société ayant des actifs à bas PBR. La majoration est refusée relativement à plusieurs circonstances qui, bien qu'elles soient prévues pour empêcher une vente d'actifs déguisée à traitement avantageux pour l'acheteur et le vendeur, vont au-delà des objectifs initialement visés. Des règles spécifiques vont faire en sorte que la majoration soit refusée lorsque certains biens de la filiale se retrouvent transférés à certaines personnes (mais pas toutes) qui sont actionnaires déterminés à un moment donné.

Aussi, les liens entre la succession et le testateur ainsi que la date la plus tardive à laquelle le bénéficiaire a acquis les actions de la filiale d'une personne sans lien de dépendance constituent des pièges pouvant proposer plusieurs interprétations et rendre inopérante ou inutile la majoration du coût.

La présence d'une fiducie exclusive en faveur du conjoint, d'une fiducie en faveur de soi-même ou d'une fiducie conjointe dans la détention des actions augmente de manière importante la complexité de la situation, pouvant rendre impossible cette planification *post mortem*. À tout le moins, une rédaction particulière et appliquée du testament est nécessaire pour

¹³ On consultera le texte de M. SINGH, *loc. cit.*, note 2.

s'assurer que les conditions de base de la planification *post mortem* sont réunies¹⁴.

Lors d'une conférence de la Society of Trust and Estate Practitioners tenue en 2003, une question a été posée sur le statut de la révision des réorganisations de scissions pour inclure un possible amendement accordant un choix spécial afin de permettre la majoration du coût des actifs non amortissables dans les cas où une réorganisation corporative le permettrait. La réponse a été donnée en 2004 lors du congrès de la même association; le ministère des Finances a répondu que la loi prévoyant la majoration du coût, telle qu'elle est rédigée actuellement, était suffisante pour alléger la double imposition.

3.2.1.2. Présence d'actionnaires non coopératifs quant à la réorganisation

Lorsque la filiale doit être liquidée dans la société mère ou être fusionnée avec celle-ci, on se devra d'avoir des actionnaires minoritaires coopératifs pour permettre les réorganisations. La difficulté de prévoir l'actionnariat d'une entreprise, dont les personnes-clés qui sont actionnaires peuvent changer, peut constituer un obstacle à l'utilisation de cette stratégie. On peut aussi penser à la situation d'une société ayant fait l'objet d'un gel au profit de plusieurs particuliers ou d'une fiducie personnelle. Tous ces particuliers, ainsi que le fiduciaire, devront accepter la fusion ou la liquidation¹⁵.

CONCLUSION

Il semble que les stratégies *post mortem* se soient complexifiées au fil des années pour rendre plus difficile l'élimination efficace de la double imposition au décès. Il serait pourtant justifié de faciliter l'utilisation des dispositions prévues dans la loi dans un contexte *post mortem* et d'aider le transfert des entreprises familiales au décès sans prélever des sommes importantes, voire déraisonnables, d'impôt à un moment particulièrement éprouvant pour l'entreprise.

Mais jusqu'à ce que soit facilitée l'utilisation des dispositions prévues, force est de reconnaître la difficulté d'estimer les sommes d'impôt qui

¹⁴ *Id.*, 32:66.

¹⁵ La liquidation serait possible avec 90 % de la filiale contrôlée par la succession.

devront être déboursées au décès de l'actionnaire dirigeant puisque les sommes se situeront entre :

- 0 lorsqu'une assurance de société suffisante est présente et que le rachat bénéficie des règles « grand-père » pour les règles des pertes restreintes en vertu du paragraphe 112(3.2) L.I.R. ou qu'un roulement au conjoint soit disponible;
- 24 % du gain en capital total lorsqu'on peut limiter les sommes imposables au gain en capital, sans qu'un dividende imposable soit versé ou réputé;
- 33 % du dividende imposable versé ou réputé par la liquidation totale ou partielle;
- 57 % dans le cas où la double imposition ne pourrait être évitée, soit lorsque les liquidités sont détenues par la société et qu'aucune planification *post mortem* ne peut être entreprise à cause des conditions du testament, de la succession et des héritiers.

De multiples possibilités entre 0 et 57 % existent selon le solde d'IMRTD et de CDC dans la société au décès. À cette incertitude s'ajoutent les changements futurs dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui auront lieu dans les années à venir jusqu'au décès de l'actionnaire.

Aux fins de la « planification des planifications *post mortem* », laquelle peut se produire dans plusieurs décennies, il serait prudent de ne pas s'arrêter sur un chiffre ou un pourcentage précis, mais de plutôt prévoir une fourchette pour estimer les sommes des impôts au décès.

**BUDGET FÉDÉRAL 2004 : RÈGLES PROPOSÉES
SUR LES PERSONNES AFFILIÉES ET LES FIDUCIES
(COMPRENANT LES SUCCESSIONS)**



Martin Lord

Avocat, M. Fisc., TEP

Robinson Sheppard Shapiro, s.e.n.c. S.E.N.C.R.L.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	40:3
1. BUDGET FÉDÉRAL 2004 : PERSONNES AFFILIÉES ET FIDUCIES	40:4
1.1. PAS DE DISPOSITION RÉELLE : MÊME UNITÉ ÉCONOMIQUE	40:4
1.2. RÉSULTATS INCOMPATIBLES : DEUX CAS VISÉS.....	40:5
1.3. RÉSOLUTIONS BUDGÉTAIRES N ^{OS} 19 ET 20 EN BREF	40:5
2. PLANIFICATION <i>POST MORTEM</i> : PARAGRAPHE 164(6) L.I.R. ET RÉSOLUTIONS BUDGÉTAIRES	40:6
2.1. PERTES ENTRE PERSONNES AFFILIÉES ET PERTES SUR DIVIDENDES EN CAPITAL	40:8
2.2. PARAGRAPHE 112(3.2) L.I.R. : RÈGLE DES PERTES RESTREINTES SUR DIVIDENDES EN CAPITAL.....	40:9

2.3.	PARAGRAPHE 40(3.6) L.I.R. : RÈGLE DES PERTES RESTREINTES ENTRE PERSONNES AFFILIÉES	40:9
2.4.	ORDRE DE PRIORITÉ ENTRE LES PARAGRAPHES 112(3.2) ET 40(3.6) L.I.R.....	40:11
3.	APPLICATION DE LA RÈGLE D’AFFILIATION AVANT LE 23 MARS 2004	40:12
3.1.	AVANT L’ANNÉE 2000.....	40:12
3.2.	APRÈS 1999	40:13
4.	UNE PERSONNE AFFILIÉE À UNE FIDUCIE SELON LES RÉSOLUTIONS BUDGÉTAIRES	40:18
4.1.	PARAGRAPHE 104(1) L.I.R.....	40:18
4.2.	UNE PERSONNE AFFILIÉE À UNE FIDUCIE	40:18
4.2.1.	« Bénéficiaire ».....	40:19
4.2.2.	« Bénéficiaire détenant une participation majoritaire ».....	40:19
4.2.3.	Fiducie discrétionnaire	40:20
4.2.4.	Fiducie détenant une participation majoritaire d’une autre fiducie.....	40:21
4.2.5.	Alinéa 251.1(1)g) L.I.R. : exemples.....	40:22
5.	UNE FIDUCIE AFFILIÉE À UNE AUTRE FIDUCIE SELON LES RÉSOLUTIONS	40:24
5.1.	COTISANTS AFFILIÉS.....	40:25
5.1.1.	Cotisant : lien de dépendance ou contrepartie insuffisante	40:25
5.1.2.	Bénéficiaire et lien de dépendance	40:25
5.1.3.	Élargissement de la notion d’affiliation aux particuliers liés.....	40:26
5.1.4.	Pas de cotisants affiliés.....	40:27
5.2.	BÉNÉFICIAIRE OU GROUPE DE BÉNÉFICIAIRES DÉTENANT UNE PARTICIPATION MAJORITAIRE	40:27
5.2.1.	« Groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire »	40:28
6.	SOCIÉTÉ AFFILIÉE À UNE FIDUCIE.....	40:30
7.	PLANIFICATION	40:36
	CONCLUSION	40:38

INTRODUCTION

À la suite du Budget fédéral du 23 mars 2004, il est proposé que la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ soit amendée afin d'étendre la portée des règles sur les personnes affiliées de manière à traiter plus en détail des fiducies. Comme l'auteur finalisait son texte pour respecter le délai de livraison demandé par notre association, le ministre des Finances a rendu public l'Avant-projet de modification de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et des lois connexes visant à mettre en œuvre des mesures concernant l'impôt sur le revenu proposées dans le cadre du Budget de 2004². L'article 38 APLB propose des modifications à l'article 251.1 L.I.R. pour mettre en œuvre la nouvelle norme d'affiliation touchant les fiducies. Le texte a été modifié pour en tenir compte.

L'article 251.1 L.I.R. définit les circonstances dans lesquelles des personnes sont des « personnes affiliées » depuis le 27 avril 1995³. Cette définition est particulièrement importante aux fins des règles visant à restreindre les pertes entre personnes affiliées notamment aux paragraphes 13(21.2), 14(12), 18(15), 40(3.4) et 40(3.6) L.I.R. D'ailleurs, le paragraphe 40(3.6) L.I.R. continuera d'être une source de préoccupation eu égard à la nouvelle norme d'affiliation dans le contexte de la planification *post mortem*. C'est le point de vue de la planification *post mortem* qui a retenu notre attention dans l'analyse des nouvelles règles proposées aux fins de la préparation du présent texte.

Dans la première section du présent texte, on trouve un bref sommaire des explications fournies dans le Budget de 2004 et un survol des mesures proposées. La deuxième section met en relief l'importance de tenir compte des règles sur les personnes affiliées, plus précisément du paragraphe 40(3.6) L.I.R., en matière de planification *post mortem* utilisant la technique du paragraphe 164(6) L.I.R. pour réduire la double imposition. Pour mieux comprendre les changements proposés, la section suivante nous rappelle comment les règles sur les personnes affiliées ont été appliquées par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») avant l'année 2000 et

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

² CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives, avant-projets de règlement et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, 16 septembre 2004 (ci-après « Avant-projet de loi du Budget de 2004 » ou « APLB »).

³ *Loi de 1997 modifiant l'impôt sur le revenu*, L.C. 1998, c. 19, par. 243(1).

après 1999. Les sections 4, 5 et 6 du texte donnent respectivement l'analyse des règles sur les personnes affiliées comme elles s'appliqueront entre une personne et une fiducie, entre deux fiducies et entre une fiducie et une société. Nous terminons par la section 7 en démontrant la possibilité de planifier pour contourner les embûches posées par le paragraphe 40(3.6) L.I.R.

1. BUDGET FÉDÉRAL 2004 : PERSONNES AFFILIÉES ET FIDUCIES

1.1. PAS DE DISPOSITION RÉELLE : MÊME UNITÉ ÉCONOMIQUE

Les règles visant les personnes affiliées constituent la norme applicable à l'égard de la restriction des pertes. En général, ces règles restreignant les pertes s'appliquent de façon à reporter le moment de la reconnaissance des pertes réalisées à la disposition d'un bien lorsqu'il est acquis par une personne affiliée au cours d'une certaine période de temps. Ce report de perte est apparemment justifié parce qu'un transfert visé par ces règles est sans effet en ce qu'il n'a pas pour résultat une disposition réelle sur le plan économique⁴. On considère que le cédant conserve un intérêt économique indirect dans le bien, par le truchement d'autres personnes⁵ ayant des intérêts économiques communs avec lui, et qu'ainsi la reconnaissance des pertes serait prématurée⁶.

⁴ STIKEMAN, *Canada Tax Service*, vol. 13, Scarborough, Ont., Carswell, feuilles mobiles.

⁵ Sociétés de personnes incluses par l'alinéa 251.1(4)b) L.I.R.

⁶ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 53:11-42, question 1.1., à la page 53:14. À cette occasion, le ministère des Finances du Canada a indiqué :

« Bien plus que l'uniformité des normes et mesures de contrôle prévues dans la Loi, le ministère des Finances cherche davantage à établir des normes ou des contrôles qui soient adaptés aux contextes multiples et variés dans lesquels se présentent les opérations commerciales des contribuables. La notion de "personne affiliée" tente de mieux cerner l'unité économique – le contribuable, son conjoint, les sociétés (et sociétés de personnes) qu'ils contrôlent – aux fins d'imposer des restrictions plus appropriées aux transferts de pertes ou de faciliter la réalisation de ces pertes par l'unité économique appropriée. » (Notre soulignement)

1.2. RÉSULTATS INCOMPATIBLES : DEUX CAS VISÉS

Deux situations sont abordées par le ministère des Finances du Canada pour montrer que les règles visant les personnes affiliées produisent, quant aux fiducies, des résultats incompatibles avec cette norme s'appliquant aux pertes. D'abord, selon les règles existantes, la déduction des pertes découlant de dispositions peut être demandée lorsque le recours à une fiducie permet à un contribuable de conserver un intérêt économique dans le bien transféré. Par exemple, à l'heure actuelle, un contribuable pourrait demander la déduction d'une perte découlant du transfert d'un bien à une fiducie dont il est le seul bénéficiaire (mais non le fiduciaire)⁷.

Ensuite, les pertes découlant de la disposition économique réelle d'un bien sont parfois déclarées inadmissibles. Par exemple, une fiducie dont le fiduciaire est une société de fiducie et une société de courtage contrôlée par l'institution financière qui contrôle la société de fiducie peuvent être affiliées en vertu des règles actuelles même si la fiducie n'a aucun autre lien avec le groupe. Par conséquent, il y aurait report de la constatation des pertes découlant de la vente d'actions par la fiducie à la société de courtage⁸.

1.3. RÉSOLUTIONS BUDGÉTAIRES N^{OS} 19 ET 20 EN BREF

Les résolutions budgétaires n^{OS} 19 et 20 de l'Avis de motion de voies et moyens⁹ déposé le 23 mars 2004 énoncent les changements proposés pour étendre la portée des règles sur les personnes affiliées de manière à traiter plus en détail des fiducies¹⁰. L'intention déclarée est de procéder d'une manière généralement compatible avec la façon dont les règles s'appliquent aux sociétés de personnes.

Nous allons revoir les propositions budgétaires en détail un peu plus loin dans le texte avec l'analyse de l'Avant-projet de loi du Budget de 2004. Pour le moment, il suffit d'indiquer que, après le 22 mars 2004, les règles sur le

⁷ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2004*, 23 mars 2004.

⁸ *Id.*

⁹ CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens visant à modifier la Loi de l'impôt sur le revenu*, 23 mars 2004.

¹⁰ Le Budget du Québec du 30 mars 2004 propose l'harmonisation. Voir à cet effet : QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2004-2005, Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, Législation et réglementation fédérales, 30 mars 2004, pp. 193-194.

report des pertes s'appliqueront aux dispositions de biens en faveur d'une fiducie par une personne détenant une participation majoritaire du revenu ou du capital de la fiducie ou par une personne affiliée à ce bénéficiaire détenant une participation majoritaire. Deux fiducies seront également affiliées lorsque deux conditions sont remplies :

- une personne ayant contribué par un bien à l'une des fiducies avec laquelle elle a un lien de dépendance, ou pour une contrepartie inadéquate, est affiliée à une personne ayant contribué elle aussi par un bien à l'autre fiducie avec laquelle cette dernière personne a un lien de dépendance, ou pour une contrepartie inadéquate;
- les bénéficiaires d'une participation majoritaire du revenu ou du capital des fiducies sont affiliés.

2. PLANIFICATION *POST MORTEM* : PARAGRAPHE 164(6) L.I.R. ET RÉOLUTIONS BUDGÉTAIRES

Avant d'entreprendre l'analyse des résolutions budgétaires en détail, nous tenons à préciser que les modifications proposées sont plus que techniques. En effet, les règles proposées sur les personnes affiliées visant les fiducies vont modifier la planification *post mortem* visant les successions, qui est fondée sur l'application des dispositions du paragraphe 164(6) L.I.R. Comme on le sait, le terme fiducie est utilisé dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour désigner une fiducie ou une succession, de sorte que les règles proposées s'appliqueront aussi aux successions.

La planification *post mortem* d'un défunt détenant des actions d'une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») inclut fréquemment l'utilisation des pertes en capital réalisées par la succession du défunt au cours de sa première année d'imposition de façon à réduire le risque de double imposition¹¹. Les actions détenues par une succession ont souvent un prix de base rajusté (ci-après « PBR ») élevé à la suite d'une disposition réputée de ces actions au décès et un faible capital versé¹². La succession réalisera une perte en capital lors d'un rachat de ses actions de la société et, en faisant le choix approprié, elle reportera cette perte dans la

¹¹ Jim BARNETT, Peter EVERETT, Chris IRELAND et Shelagh RINALD, « Post Mortem Planning for Private Company Shares: The New Regime », dans *2002 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2003, pp. 32:1-86, à la page 32-21.

¹² Par. 70(5) L.I.R.

dernière déclaration de revenus modifiée du défunt pour réduire ou annuler le gain en capital réalisé par le défunt sur la disposition réputée de ses actions immédiatement avant son décès¹³. Notamment, une succession est susceptible de réaliser une telle perte en capital lors de la mise en oeuvre de la solution 50 % après la perception par la société d'un produit d'assurance vie, distribué à la succession pour une moitié sous la forme d'un dividende en capital et pour l'autre d'un dividende imposable¹⁴.

Cette technique du rachat et du report de la perte peut être avantageuse pour plusieurs raisons, incluant les suivantes¹⁵ :

- éviter la double imposition à l'égard de biens, ayant un gain en capital accumulé, détenus par la société au moment du décès;
- utiliser le compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») afin de réduire les impôts combinés payables par le défunt et la succession à l'égard des actions; et
- permettre à la société de récupérer son impôt en main remboursable au titre de dividendes en remplaçant le gain en capital immédiatement avant le décès par un dividende réputé pour la succession.

¹³ Par. 164(6) L.I.R.

¹⁴ Daniel BOURGEOIS et Martin LORD, « Convention entre actionnaires », dans *Colloque – La planification successorale d'un propriétaire d'entreprise*, 120, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 2:1-54; Murray SKLAR, « Produits financiers et compte de dividende en capital : ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 20:1-38; Joel CUPERFAIN, « Got Me Those Low Capital Gain, High Dividend Tax, Stop-Loss Rules, Estate-Planning Blues », (2001), vol. 49, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 764-794, p. 779; J. BARNETT, P. EVERETT, C. IRELAND et S. RINALD, *loc. cit.*, note 11, 32:42.

¹⁵ Richard BARBACKI, « Les pertes sur la disposition d'une action au rachat », dans *Colloque – Restructurations à l'utilisation des pertes (autres que dans un contexte d'acquisition de contrôle)*, 104, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 2:1-39, à la page 2:25. Voir également, J. BARNETT, P. EVERETT, C. IRELAND et S. RINALD, *loc. cit.*, note 11, 32:10 et suiv. : les auteurs expliquent dans quelles situations il demeure avantageux d'utiliser la technique de report du paragraphe 164(6) L.I.R. Lorsque cette technique n'est pas avantageuse et que la société continuera à exister, il est alors possible d'utiliser la technique de planification visant à majorer le PBR des immobilisations (autres que des biens amortissables) par l'utilisation des dispositions de l'alinéa 88(1)d) L.I.R.

Comme le taux d'imposition du gain en capital au Québec est de près de neuf points de pourcentage moins élevé qu'à l'égard des dividendes, cette technique n'est pas nécessairement avantageuse lorsque la société n'a pas de CDC ou d'impôt en main remboursable au titre de dividendes¹⁶. Jusqu'à maintenant, les planifications *post mortem* visant à contourner les règles sur les personnes affiliées cherchaient à faire en sorte qu'une succession soit administrée par des liquidateurs non affiliés entre eux et que la succession cesse de contrôler la SPCC à un moment donné. Dorénavant, le rôle du fiduciaire est mis de côté et l'on regardera le rôle du bénéficiaire.

2.1. PERTES ENTRE PERSONNES AFFILIÉES ET PERTES SUR DIVIDENDES EN CAPITAL

Deux règles fiscales peuvent s'appliquer de façon à nier, reporter ou suspendre l'utilisation de pertes en capital réalisées par la succession et constituent donc des pièges à éviter. Le paragraphe 40(3.6) L.I.R. (« la règle des pertes restreintes entre personnes affiliées ») et le paragraphe 112(3.2) L.I.R. (« la règle des pertes restreintes sur dividendes en capital ») peuvent s'appliquer lorsque de tels dividendes sont reçus par la succession¹⁷. Certains ont argumenté, du point de vue de la politique fiscale, que la règle du paragraphe 40(3.6) L.I.R. ne devrait pas s'appliquer de façon à empêcher une succession d'utiliser le mécanisme du paragraphe 164(6) L.I.R. pour éviter ou diminuer les risques de la double imposition à la suite du décès d'un contribuable¹⁸. Dans le cadre de discussions informelles avec des représentants du ministère des Finances du Canada, ceux-ci confirment que cette question a été soulevée et est à l'étude. D'ailleurs, le Ministère est à

¹⁶ J. BARNETT, P. EVERETT, C. IRELAND et S. RINALD, *loc. cit.*, note 11, 32:11.

¹⁷ Pour en savoir davantage sur l'interaction de la règle des pertes restreintes entre personnes affiliées et la règle des pertes restreintes sur dividendes en capital, voir J. BARNETT, P. EVERETT, C. IRELAND et S. RINALD, *loc. cit.*, note 11, 32:11 et R. BARBACKI, *loc. cit.*, note 15, 22.

¹⁸ J. BARNETT, P. EVERETT, C. IRELAND et S. RINALD, *loc. cit.*, note 11, 32:3. Voir également *Tax Window Files*, dans *Tax Works* (CD-ROM), Don Mills, Ont., CCH Canadian, interprétation technique 1999-0010805, 21 février 2000, où l'ARC s'exprime comme suit :

« In the situation where subsection 40(3.6) applies to deem a taxpayer's loss on the disposition of shares of a particular corporation to be nil and immediately following the share disposition the taxpayer does not own any other shares of the capital stock of the particular corporation, there is no provision in the Act which would enable the taxpayer to subsequently realize such loss. We understand that the Department of Finance is aware of this anomaly. »

consulter le public et les praticiens après le dépôt de l'Avant-projet de loi du Budget de 2004. À première vue, le Ministère semble considérer que la nouvelle norme d'affiliation est justifiée afin de restreindre les pertes d'une succession malgré la disponibilité du choix du paragraphe 164(6) L.I.R.

2.2. PARAGRAPHE 112(3.2) L.I.R. : RÈGLE DES PERTES RESTREINTES SUR DIVIDENDES EN CAPITAL

Nous n'aborderons pas vraiment la règle des pertes restreintes sur dividendes en capital qui a été abondamment commentée et à laquelle la notion actuelle ou proposée de personnes affiliées ne s'applique pas de toute façon¹⁹. En bref cependant, la règle des pertes restreintes sur dividendes en capital refuse une partie de la perte en capital résultant de la disposition d'une action par une succession sur laquelle un dividende en capital est versé à la succession. Cette règle a pour effet, entre autres, de limiter l'utilisation du CDC d'une société, qui a été augmenté par la réception d'un produit d'assurance vie, en vue de réduire le gain en capital du défunt survenant à la disposition réputée de ses actions immédiatement avant le décès²⁰.

2.3. PARAGRAPHE 40(3.6) L.I.R. : RÈGLE DES PERTES RESTREINTES ENTRE PERSONNES AFFILIÉES

D'abord, la règle :

« (3.6) Perte lors de la disposition d'une action

Dans le cas où un contribuable dispose, en faveur d'une société qui lui est affiliée immédiatement après la disposition, d'une action d'une catégorie du

¹⁹ Martin LORD, « Règles sur la minimisation des pertes : nouveautés et aspects pratiques des règles transitoires », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 36:1-45; Martin LORD, « Convention entre actionnaires au décès : fin de l'impôt différé », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 3:1-44; P. Mario CHARPENTIER et Daniel LACHAPELLE, « Nouvelles règles de restriction des pertes en capital lors d'un rachat d'actions dans le cas d'un décès », dans *Colloque – Planification testamentaire et conventions entre actionnaires : les nouvelles réalités*, 77, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996, pp. 2:1-52; Peter W.B. EVERETT et Chris IRELAND, « Impact of the Proposed New Stop-Loss Rules », dans *1997 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1998, pp. 17:1-26; Charles P. MARQUETTE, « Questions fiscales choisies particulièrement pertinentes aux conventions des actionnaires : Partie 2 », (2001), vol. 49, n° 2 *Revue fiscale canadienne* 443-476.

²⁰ R. BARBACKI, *loc. cit.*, note 15, 2.

capital-actions de la société, sauf une action privilégiée de renflouement au sens du paragraphe 80(1), les règles suivantes s'appliquent:

- a) la perte du contribuable résultant de la disposition est réputée nulle;
- b) est à ajouter dans le calcul du prix de base rajusté, pour le contribuable après la disposition, d'une action d'une catégorie du capital-actions de la société qui appartenait au contribuable immédiatement après la disposition le produit de la multiplication du montant de sa perte résultant de la disposition, déterminé compte non tenu de l'alinéa (2)g) et du présent paragraphe, par le rapport entre:
 - (i) d'une part, la juste valeur marchande de l'action immédiatement après la disposition,
 - (ii) d'autre part, la juste valeur marchande, immédiatement après la disposition, de l'ensemble des actions du capital-actions de la société appartenant au contribuable. »

La règle des pertes restreintes entre personnes affiliées du paragraphe 40(3.6) L.I.R. a pour effet de réputer nulle la perte réalisée par un contribuable, par exemple une succession, dans le cas où le contribuable dispose, en faveur d'une société qui lui est « affiliée » immédiatement après la disposition, d'une action du capital social de la société²¹. La perte ainsi refusée est ajoutée dans le calcul du PBR des autres actions du capital social de la société détenues par le contribuable immédiatement après la disposition. Lorsque le contribuable détient des actions de plusieurs catégories d'actions du capital social de la société, cet ajout au PBR s'effectue au prorata de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des différentes actions. Par contre, la perte est purement et simplement perdue quand le contribuable se retrouve sans aucune action dans le capital social de la société à la suite de la disposition²². Comme c'est souvent le cas en matière de planification *post mortem* où l'on cherche d'abord et avant tout à matérialiser la perte au moment d'un rachat d'actions, il faut donc éviter à tout prix que la succession soit affiliée à la société²³.

²¹ La règle ne vise pas une action privilégiée de renflouement au sens du paragraphe 80(1) L.I.R.

²² R. BARBACKI, *loc. cit.*, note 15, 2.

²³ La règle des pertes restreintes entre personnes affiliées du paragraphe 40(3.6) L.I.R. ne s'applique pas en cas de liquidation d'une société en raison de l'application des règles prévues à l'alinéa 69(5)d) L.I.R. Pour un exemple de planification *post mortem* ayant fait l'objet d'une décision anticipée, voir *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 18, interprétation technique 2002-0127013, 29 mai 2002.

La règle du paragraphe 40(3.6) L.I.R. introduite à compter du 26 avril 1995 remplaçait une règle antérieure similaire que l'on trouvait au paragraphe 85(4) de l'ancienne loi. Par exemple, lors d'un rachat d'actions détenues par la succession, la perte en capital de la succession pouvait être réputée nulle si, immédiatement après la disposition, la société était contrôlée directement ou indirectement²⁴, de quelque manière que ce soit, par la succession. Lorsque la succession détenait toujours des actions, la perte était ajoutée au PBR des actions restantes. Hormis le cas du contrôle *de facto*²⁵, la succession qui disposait de la totalité de ses actions dans le cadre d'un rachat ou d'une liquidation de la société pouvait bénéficier de sa perte en capital qui pouvait faire l'objet d'un report en se conformant aux règles du paragraphe 164(6) L.I.R. Le critère important était le contrôle de la société immédiatement après la disposition des actions en faveur de la société.

Jusqu'aux nouvelles résolutions budgétaires, la règle du paragraphe 40(3.6) L.I.R., en ce qui a trait de savoir si une succession était affiliée à une société en faveur de laquelle la succession disposait de ses actions, reposait aussi sur ce critère de contrôle *de jure* ou *de facto* immédiatement après la disposition. Là encore, la succession pouvait matérialiser sa perte en capital selon que la société était liquidée²⁶ ou que la succession ne contrôlait pas directement ou indirectement la société immédiatement après la disposition des actions sur la base de la norme d'affiliation²⁷.

2.4. ORDRE DE PRIORITÉ ENTRE LES PARAGRAPHES 112(3.2) ET 40(3.6) L.I.R.

Dans le cas où les deux règles des paragraphes 112(3.2) et 40(3.6) L.I.R. s'appliquent, la première règle s'applique en priorité pour refuser une partie de la perte sur des actions. Il ne semblerait pas approprié, d'un point de vue de politique fiscale, de permettre un ajout au PBR des autres actions en vertu

²⁴ Par. 256(5.1) L.I.R.

²⁵ Perry TRUSTER, « The Stop-Loss Rules after the April 29, 1995 Amendments », dans *1995 Ontario Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1995, pp. 20:1-38, à la page 20:31 et Greg BOWDEN, « The Impact of the Stop Loss Rules on Estates and Buy-Sell Agreements », dans *1995 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1995, pp. 2:1-31, à la page 2:8.

²⁶ Al. 69(5)d) L.I.R.

²⁷ Art. 251.1 L.I.R.

de l'alinéa 40(3.6)b) L.I.R. Cette conclusion est supportée par le fait que l'ancien alinéa 85(4)b) L.I.R. utilisait un langage très similaire à celui utilisé à l'alinéa 40(3.6)b) L.I.R. et que le but de l'alinéa 85(4)b) L.I.R. était d'empêcher l'ajout de cette « perte non économique » au PBR des autres actions²⁸.

3. APPLICATION DE LA RÈGLE D'AFFILIATION AVANT LE 23 MARS 2004

Passons en revue la façon dont la norme était appliquée par l'ARC avant les résolutions budgétaires. Ainsi, il peut arriver qu'une succession détienne des actions non votantes d'une société. De son côté cependant, le liquidateur de la succession peut personnellement détenir de telles actions votantes lui donnant le contrôle de la société. Dans le cas où toutes les actions détenues par la succession sont rachetées par la société, la personne qui agit en tant que liquidateur de la succession contrôle la société après le rachat d'actions. La question qui se pose alors est de savoir si la succession est affiliée à la société contrôlée par le liquidateur à titre personnel.

3.1. AVANT L'ANNÉE 2000

Avant l'année 2000, la position traditionnelle de l'ARC reposait sur le principe de la séparation ou de la dualité des rôles de la personne. Celle-ci agit pour son compte à titre d'actionnaire des actions votantes mais la personne agit aussi pour le compte de la succession à titre de liquidateur. En se fondant sur la « théorie des deux chapeaux » (*two hats doctrine*), l'ARC avait reconnu à plusieurs reprises qu'il fallait faire une distinction entre le contrôle exercé par une personne à titre d'actionnaire d'une société et le contrôle qu'elle exerce sur la même société en sa qualité de liquidateur d'une succession ou de fiduciaire d'une fiducie. L'ARC avait par ailleurs indiqué, il y a quelques années, que sa position administrative était à l'étude²⁹. Dans le cas énoncé au paragraphe ci-dessus, la succession n'était donc pas affiliée à la société contrôlée par le liquidateur, de sorte que la perte en capital réalisée à l'occasion du rachat d'actions n'était pas restreinte par

²⁸ R. BARBACKI, *loc. cit.*, note 15, 24.

²⁹ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 18, interprétation technique 9431545, 24 mars 1995. Voir également Hugo PATENAUDE, « Pot-pourri civil et fiscal en matière de fiducie », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 33:26-94, à la page 33:70; aussi H. Elise REES, « Planification testamentaire en vue d'éviter la double imposition », (2000), vol. 48, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 173-193, p. 188.

l'application du paragraphe 40(3.6) L.I.R. et pouvait donc être utilisée par la succession dans le cadre d'une planification *post mortem*.

3.2. APRÈS 1999

Au début de l'année 2000, l'ARC avait émis trois interprétations techniques qui ont établi les fondements de sa nouvelle position à l'égard de l'application de l'article 251.1 L.I.R. aux fiducies³⁰. Par la suite, l'ARC a publiquement confirmé les principes énoncés dans ses interprétations lors de la Table ronde sur la fiscalité fédérale au congrès de l'Association de planification fiscale et financière de 2001³¹. Le premier principe est que la mention d'une fiducie vaut également, sauf indication contraire du contexte, mention du fiduciaire ou d'un autre représentant légal ayant la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie³². Bref, le fiduciaire d'une fiducie est considéré comme une fiducie pour l'application de la norme d'affiliation. Le deuxième principe est que, aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une fiducie est réputée être un particulier (donc une personne) relativement aux biens de la fiducie.

Ainsi, lorsqu'une fiducie ou une succession détient des actions d'une société, le contrôle de la société est analysé sous deux angles. Le premier consiste à considérer la fiducie ou la succession comme une personne distincte de ses fiduciaires et de ses bénéficiaires. Le second consiste à faire abstraction de la fiducie et à considérer que les actions détenues par celle-ci le sont directement et collectivement par l'ensemble de ses fiduciaires. Les actions de la fiducie seront donc détenues simultanément par la fiducie et par l'ensemble de ses fiduciaires. Forte de cette position administrative, l'ARC s'est prononcée, sous réserve de la question du contrôle *de facto*, comme suit³³ :

³⁰ *Tax Window Files, op. cit.*, note 18, interprétations techniques 1999-0015705, 2 mars 2000 et 1999-0010825, 22 février 2000; voir également 1999-0010805, 21 février 2000.

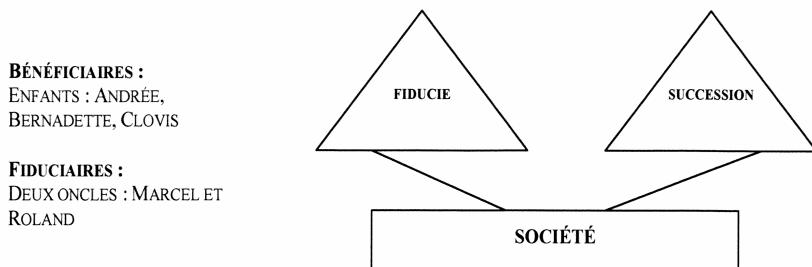
³¹ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 45:7-46, question 1.4, aux pages 45:13-14.

³² *Tax Window Files, op. cit.*, note 18, interprétation technique 2000-0046075, 18 février 2002, confirmant la position prise au congrès de l'APFF de 2001.

³³ Les différentes interprétations techniques ne sont pas congruentes lorsqu'il s'agit de déterminer la relation entre une société et une fiducie. De ce fait, il y a une incertitude quant à l'application de la règle d'affiliation dans ce cas. Cette incertitude serait évitée par une disposition législative adéquate. À ce propos, voir Vincent DE ANGELIS, (à suivre...)

- Lorsqu'une succession est administrée par plusieurs personnes qui ne sont pas affiliées entre elles et qu'une société est contrôlée par une autre fiducie testamentaire administrée par les mêmes personnes, la succession ne sera pas affiliée à la société après le rachat de toutes ses actions de la société³⁴. De plus, la succession et la fiducie testamentaire ne seront pas affiliées entre elles³⁵.

Figure 1



- Lorsque la succession d'un parent (père ou mère) est administrée par les enfants (personnes non affiliées entre elles), agissant à la majorité des voix, que la succession détient des actions de gel et de contrôle d'une société après le décès et que les enfants détiennent les actions ordinaires votantes de la société en parts égales (agissant en leur qualité personnelle plutôt qu'en leur qualité de fiduciaire), la succession ne sera pas affiliée à la société à la suite du rachat de ses actions de la société³⁶.

(...suite)

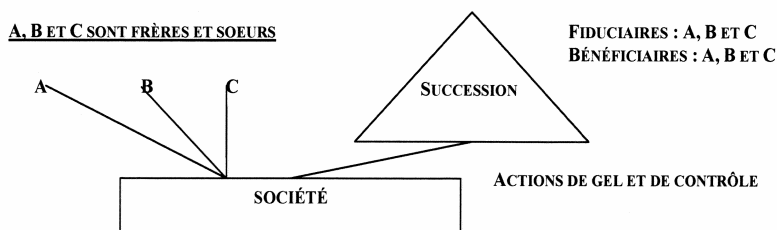
« Stop-Loss Rules – Pitfalls and Opportunities », dans *2003 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004, pp. 50:1-20.

³⁴ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 18, interprétations techniques 1999-0010805, 21 février 2000; 2002-0151025, 16 janvier 2003 ainsi que décision anticipée 2002-0154603, 11 décembre 2002, où le fait qu'un nombre de liquidateurs non affiliés entre eux aient permis la réalisation d'une perte en capital selon le paragraphe 164(6) L.I.R. car la société était contrôlée par d'autres fiduciaires d'une fiducie pour le bénéfice exclusif de l'épouse survivante.

³⁵ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 31.

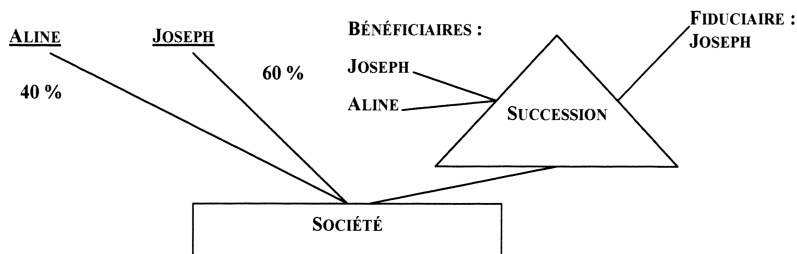
³⁶ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 18, interprétation technique 1999-0010825, 22 février 2000.

Figure 2



- Lorsqu'une personne contrôle une société et que cette même personne agit à titre d'unique fiduciaire d'une fiducie détenant des actions privilégiées de la société, la fiducie sera affiliée à la société après le rachat des actions privilégiées³⁷.

Figure 3



Dans ce cas, on regarde Joseph comme lié à lui-même (al. 251.1(4)a) L.I.R.) et on ne distingue plus le fait qu'il agit pour lui-même et en tant qu'administrateur d'une succession. Aline et Joseph sont frère et sœur.

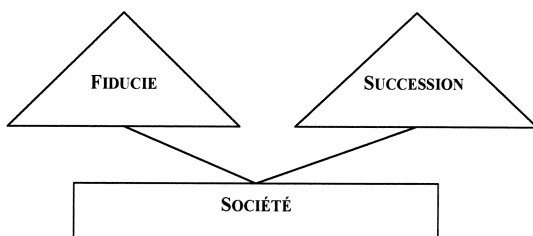
- Deux ou plusieurs fiducies administrées par la même personne sont affiliées entre elles et chacune de ces fiducies est également affiliée à

³⁷ *Tax Window Files, op. cit.*, note 18, interprétations techniques 1999-0015705, 2 mars 2000 et 2000-0024775, 23 février 2001, situation 1.

toute société contrôlée par cette personne³⁸. Le paragraphe 40(3.6) L.I.R. s'appliquera à la succession même si toutes ses actions sont rachetées.

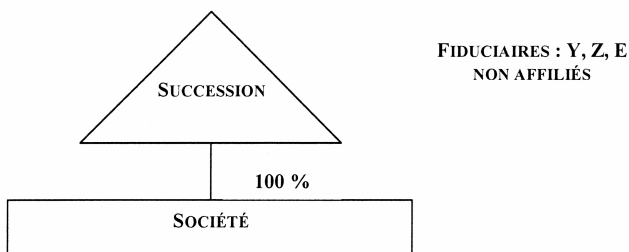
Figure 4

BÉNÉFICIAIRES : A, B ET C
FIDUCIAIRE : MARCEL



- Lorsqu'une succession ou une fiducie testamentaire détient des actions de contrôle d'une société avant et après le rachat d'une partie de ses actions de la société, la succession ou la fiducie sera affiliée à la société indépendamment du fait que les liquidateurs ou fiduciaires sont un groupe de personnes non affiliées entre elles³⁹.

Figure 5



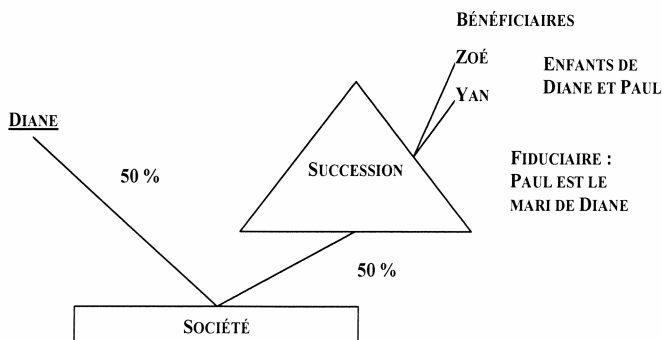
³⁸ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 31.

³⁹ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 18, interprétations techniques 2000-0052345, 20 février 2001 et 2001-0070795, 5 mars 2001; voir également *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 18, interprétation technique 2000-0024775, 23 février 2001, situation 2.

Dans ce cas, on considère la succession comme un particulier aux fins du sous-alinéa 251.1(1)b(i) L.I.R.

- Une fiducie est également affiliée à une société dans le cas où elle fait partie d'un groupe de personnes affiliées qui contrôle la société⁴⁰.

Figure 6



Dans ce cas, on considère que la succession fait partie d'un groupe de personnes affiliées constitué de Paul et Diane et que la règle du sous-alinéa 251.1(1)b(ii) L.I.R. s'applique.

- Lorsque plusieurs fiducies sont administrées par une société de fiducie et que chacune des fiducies détient des actions d'une société, la perte en capital d'une fiducie sera niée dans le cadre d'un rachat d'actions et, selon le cas, pourra être ajoutée au PBR des actions restantes détenues par la fiducie⁴¹.
- Le bénéficiaire d'une fiducie, par exemple un régime d'épargne-retraite, n'est pas affilié à celle-ci lorsqu'elle est administrée par une personne qui n'est pas affiliée au bénéficiaire de la fiducie⁴².

⁴⁰ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 31.

⁴¹ *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 18, interprétation technique 2001-0074145, 29 mars 2001.

⁴² *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 18, interprétations techniques 1999-0007685, 24 février 2000, permettant de réduire le contenu étranger d'un REÉR dans le cas où le REÉR vend au rentier et rachète du rentier des actions bien que la perte soit non reconnue en raison de l'application du sous-alinéa 40(2)g(iv) L.I.R.; 2001-0080777, 20 avril 2001 et 2001-0112055, 18 février 2002, où la perte d'un individu réalisée (à suivre...)

4. UNE PERSONNE AFFILIÉE À UNE FIDUCIE SELON LES RÉSOLUTIONS BUDGÉTAIRES

4.1. PARAGRAPHE 104(1) L.I.R.

Selon ce paragraphe, la mention d'une fiducie vaut également mention, sauf indication contraire du contexte du fiduciaire, de l'exécuteur testamentaire, de l'administrateur successoral, du liquidateur de succession, de l'héritier ou d'un autre représentant légal ayant la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie. En s'appuyant sur la règle du paragraphe 104(1) L.I.R., l'ARC avait pris la position que deux ou plusieurs fiducies ayant le même fiduciaire étaient affiliées entre elles en vertu de l'alinéa 251.1(4)a) L.I.R.⁴³ Le paragraphe 38(3) APLB propose d'ajouter une règle d'interprétation au sous-alinéa 251.1(4)c)(iii) L.I.R. Le nouveau sous-alinéa précise que, malgré le paragraphe 104(1) L.I.R., lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est affiliée à une fiducie, la mention d'une fiducie ne vaut pas mention du fiduciaire ou d'autres personnes qui ont la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie⁴⁴. Deux fiducies ne seront pas affiliées du seul fait qu'elles ont le même fiduciaire. Ainsi, les pertes découlant de la disposition économique réelle d'un bien ne seront plus déclarées inadmissibles du fait que deux fiducies sont contrôlées par le même fiduciaire alors que les fiducies ont des bénéficiaires n'ayant aucun lien entre eux. De plus, une personne ne sera pas affiliée à la fiducie du seul fait qu'elle est affiliée au fiduciaire de la fiducie.

4.2. UNE PERSONNE AFFILIÉE À UNE FIDUCIE

L'article 251.1 L.I.R. ne porte pas expressément sur le cas où une fiducie est affiliée à une autre personne. Le paragraphe 38(1) APLB propose l'ajout du nouvel alinéa 251.1(1)g); il prévoit certaines circonstances dans

(...suite)

dans le cadre de deux ventes successives en utilisant une société de gestion n'est techniquement pas visée par les règles applicables aux pertes apparentes (s.-al. 40(2)g)(i) L.I.R.) ni celles applicables aux dispositions en faveur de REÉR (s.-al. 40(2)g)(iv) L.I.R.) mais pourrait être visée par la disposition générale antiévitement. Voir également *Tax Window Files*, *op. cit.*, note 18, interprétation technique 2003-0182755, 7 mai 2003, où la disposition par la conjointe à son conjoint suivie immédiatement d'une seconde disposition du conjoint en faveur d'un REÉR au conjoint contournerait les mêmes règles que dans l'exemple précédent.

⁴³ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », *loc. cit.*, note 31.

⁴⁴ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 2, p. 147.

lesquelles une personne et une fiducie sont affiliées. Rappelons que les fiducies sont généralement assimilées à des personnes aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pour comprendre le nouvel alinéa 251.1(1)g), il faut d'abord prendre connaissance des définitions de « bénéficiaire » et « bénéficiaire détenant une participation majoritaire » au paragraphe 251.1(3) L.I.R. ainsi que certaines règles d'interprétation énoncées au nouvel alinéa 251.1(4)c), notamment les sous-alinéas (i) et (iv)⁴⁵.

L'alinéa 251.1(1)g) L.I.R. s'applique dans le cas où une personne est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie, ou est affiliée à un tel bénéficiaire, compte non tenu de l'alinéa g). Cette exception, à savoir qu'il n'est pas tenu compte de l'alinéa g) lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est affiliée à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire, peut avoir des conséquences importantes comme on pourra le constater à l'aide d'exemples ci-dessous.

4.2.1. « Bénéficiaire »

Aux fins de l'article 251.1 L.I.R., est bénéficiaire d'une fiducie la personne qui a un droit de bénéficiaire dans la fiducie. Pour déterminer si une personne a un droit de bénéficiaire dans une fiducie, il faut nécessairement se référer aux règles du paragraphe 248(25) L.I.R., qui s'appliquent à l'ensemble de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Rappelons que les dispositions de ce paragraphe élargissent considérablement le sens de « droit de bénéficiaire ». Une personne ou une société de personnes a un tel droit, que son droit soit conditionnel ou absolu. De plus, des présomptions statutaires ont pour effet de réputer une personne comme bénéficiant d'un droit de bénéficiaire lorsque certaines conditions sont réunies.

4.2.2. « Bénéficiaire détenant une participation majoritaire »

Si on résume simplement la définition proposée de « bénéficiaire détenant une participation majoritaire » ajoutée au paragraphe 251.1(3) L.I.R., une personne sera réputée être un bénéficiaire détenant une participation majoritaire dans une fiducie si elle a droit à plus de la moitié, de l'un ou l'autre, du revenu ou du capital de la fiducie. À l'appui de cette règle, la personne est réputée détenir chaque participation qu'elle détient, ou qu'une autre personne affiliée à elle détient, dans la fiducie.

⁴⁵ Par. 38(2) et (3) APLB.

Ainsi l'analyse de la définition de « bénéficiaire détenant une participation majoritaire » d'une fiducie à un moment donné désignera la personne à l'égard de laquelle l'une des conditions suivantes est remplie :

- la JVM totale de sa participation de bénéficiaire dans le revenu de la fiducie excède 50 % de la JVM de l'ensemble des participations au revenu de la fiducie à ce moment;
- la JVM totale de sa participation de bénéficiaire dans le revenu de la fiducie et la JVM des participations au revenu de la fiducie d'autres personnes auxquelles la personne est affiliée excède 50 % de la JVM de l'ensemble des participations au revenu de la fiducie à ce moment;
- la JVM totale de sa participation de bénéficiaire dans le capital de la fiducie excède 50 % de la JVM de l'ensemble des participations au capital de la fiducie à ce moment; ou
- la JVM totale de sa participation de bénéficiaire dans le capital de la fiducie et la JVM des participations au capital de la fiducie d'autres personnes auxquelles la personne est affiliée excède 50 % de la JVM de l'ensemble des participations au capital de la fiducie à ce moment.

4.2.3. Fiducie discrétionnaire

Dans le cas d'une fiducie discrétionnaire, le nouveau sous-alinéa 251.1(4)c)(i) L.I.R. établit une règle d'interprétation lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est affiliée à une fiducie⁴⁶. Cette règle porte sur le pouvoir discrétionnaire et le montant de revenu ou de capital d'une fiducie qu'une personne peut recevoir à titre de bénéficiaire de la fiducie. Si le montant est fonction de l'exercice ou de l'absence d'exercice du pouvoir, ce pouvoir est réputé, par le sous-alinéa (i), avoir été pleinement exercé ou ne pas avoir été exercé, selon le cas. L'interprétation qu'il faut tirer de cette règle est que chaque personne à titre de bénéficiaire discrétionnaire sera réputée être en mesure de recevoir 100 % du revenu ou du capital de la fiducie, par suite d'un pouvoir discrétionnaire, pour ce qui est de déterminer si la personne est affiliée à la fiducie. Revoyons un exemple tiré des notes techniques ci-dessous.

⁴⁶ Par. 38(3) APLB.

Exemple

Faits : Jacqueline est l'une de 10 personnes dont chacune recevrait, à titre de bénéficiaire, jusqu'à 100 % du revenu ou du capital de Fiducie B si un pouvoir discrétionnaire était pleinement exercé en leur faveur.

Résultat : Jacqueline, de même que les neuf autres personnes, est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de Fiducie B puisque, par l'effet de la règle énoncée au sous-alinéa 251.1(4)c)(i) L.I.R., la JVM du total de sa participation et des participations de chacune des neuf autres personnes, à titre de bénéficiaire du revenu ou du capital de la fiducie, serait réputée correspondre à 100 % de la JVM de l'ensemble des participations au revenu ou au capital, selon le cas, de la fiducie⁴⁷.

4.2.4. Fiducie détenant une participation majoritaire d'une autre fiducie

Comme cela a été indiqué précédemment, une fiducie est assimilée à une personne aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le nouvel alinéa 251.1(1)g) L.I.R. peut donc s'appliquer de façon que deux fiducies soient affiliées l'une à l'autre dans le cas où une fiducie est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de l'autre fiducie ou est affiliée à un tel bénéficiaire. Cependant, il faut tenir compte de la règle spéciale énoncée au nouveau sous-alinéa 251.1(4)c)(iv) L.I.R. lorsqu'il s'agit de déterminer si une fiducie est bénéficiaire majoritaire d'une autre fiducie⁴⁸.

Selon cette règle, une fiducie n'est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire d'une autre fiducie que si la première fiducie a une participation à titre de bénéficiaire du revenu ou du capital de la seconde fiducie. Par conséquent, la fiducie qui n'a pas de participation au revenu ou au capital d'une autre fiducie n'est en aucun cas le bénéficiaire détenant une participation majoritaire de celle-ci, même si la première fiducie est affiliée à une personne ou un groupe de personnes détenant des participations majoritaires au revenu ou au capital de l'autre fiducie.

La première fiducie qui a une participation au revenu ou au capital de la seconde fiducie, donc qui satisfait à la condition créée par la règle du sous-alinéa 251.1(4)c)(iv) L.I.R., doit aussi satisfaire, par rapport à la

⁴⁷ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 2, p. 145.

⁴⁸ Par. 38(3) APLB.

seconde fiducie, aux exigences de la définition de « bénéficiaire détenant une participation majoritaire ».

Reprenons un exemple tiré des notes techniques de l'APLB pour illustrer la règle proposée au sous-alinéa 251.1(4)c)(iv)⁴⁹.

Exemple

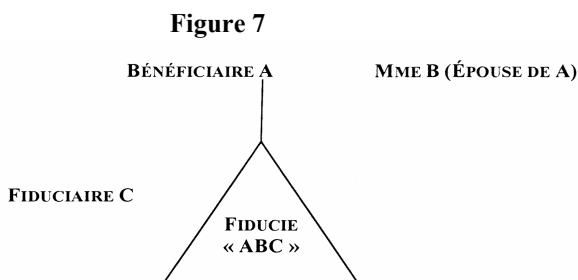
Faits : Mélanie est l'unique bénéficiaire de Fiducie D et de Fiducie E. Aucune de ces fiducies n'a de participation à titre de bénéficiaire dans l'autre.

Résultat : Mélanie est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire des deux fiducies, lesquelles lui sont toutes deux affiliées. Toutefois, aucune des fiducies n'est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de l'autre, malgré leur affiliation à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire, puisque aucune n'a de participation à titre de bénéficiaire dans l'autre.

4.2.5. Alinéa 251.1(1)g) L.I.R. : exemples

Les deux règles proposées aux sous-alinéas 251.1(1)g)(i) et (ii) L.I.R. peuvent être illustrées à l'aide de la figure 7 ci-dessous. M. A est le seul bénéficiaire de la Fiducie ABC et M. C en est le seul fiduciaire. Dans ce cas, M. A est affilié à la Fiducie ABC car il est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie (s.-al. 251.1(1)g)(i) L.I.R.).

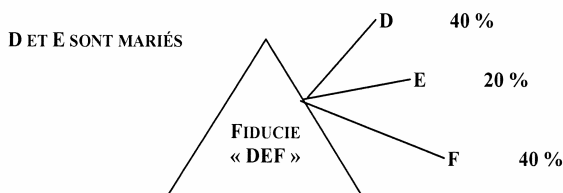
M^{me} B est l'épouse de M. A. Elle est également affiliée à la Fiducie ABC. En effet, M^{me} B est affiliée à M. A selon l'alinéa 251.1(1)a) L.I.R. alors qu'il est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la Fiducie ABC. Ainsi, M^{me} B est affiliée à la Fiducie ABC quoiqu'elle ne soit pas une bénéficiaire de la Fiducie ABC (s.-al. 251.1(1)g)(ii) L.I.R.).



⁴⁹ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 2, p. 148.

Dans la figure 8, M. D et M^{me} E sont mariés et ils ne sont par ailleurs pas liés à M. F. M. D a droit à une participation fixe de 40 % au revenu et au capital de la Fiducie DEF alors que M^{me} E a droit à une participation fixe de 20 % au revenu et au capital. Comme M. D et M^{me} E sont affiliés entre eux et qu'ils détiennent des participations excédant 50 % de l'ensemble des participations au revenu et au capital de la Fiducie DEF, chacun de M. D et de M^{me} E est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la Fiducie DEF et est affilié à la Fiducie DEF. M. F n'est pas affilié à la Fiducie DEF ni à M. D ou à M^{me} E (s.-al. 251.1(1)g(i) L.I.R. et définition de « bénéficiaire détenant une participation majoritaire » du paragraphe 251.1(3) L.I.R.).

Figure 8



Deux fiducies sont affiliées si une société qui est bénéficiaire détenant une participation majoritaire de l'une est contrôlée par l'autre. Voici un exemple tiré des notes techniques⁵⁰ :

Exemple

Faits : Fiducie B est propriétaire de l'ensemble des actions de la société Can ltée, laquelle est bénéficiaire détenant une participation majoritaire de Fiducie C.

Résultat : Fiducie B contrôle Can ltée. À ce titre, elle lui est affiliée⁵¹. Fiducie C est également affiliée à Can ltée, puisque celle-ci est bénéficiaire détenant une participation majoritaire de Fiducie C⁵². Étant donné que

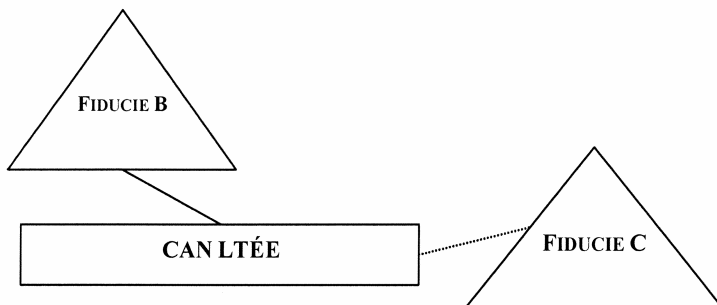
⁵⁰ *Id.*, p. 143.

⁵¹ S.-al. 251.1(1)b(i) L.I.R.

⁵² S.-al. 251.1(1)g(i) selon le paragraphe 38(1) APLB.

Fiducie B et Can Ltée sont affiliées autrement que par le seul effet de l'alinéa 251.1(1)g) L.I.R., il s'ensuit que Fiducie B est affiliée à Fiducie C⁵³.

Figure 9



PARTICIPATION MAJORITAIRE

5. UNE FIDUCIE AFFILIÉE À UNE AUTRE FIDUCIE SELON LES RÉSOLUTIONS

Le nouvel alinéa 251.1(1)h) L.I.R. prévoit les circonstances dans lesquelles deux fiducies sont affiliées. Cet alinéa s'applique dans le cas où deux conditions sont réunies. En premier lieu, le cotisant d'une des fiducies doit être affilié au cotisant de l'autre. En second lieu, le bénéficiaire détenant une participation majoritaire de l'une des fiducies doit être affilié soit au bénéficiaire détenant une participation majoritaire de l'autre, soit à chaque membre d'un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire de l'autre; ou chaque membre d'un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire de l'une des fiducies est affilié à au moins un membre d'un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire de l'autre.

Pour comprendre le nouvel alinéa 251.1(1)h), il faut, en plus des définitions vues précédemment aux sections 4.2.1. et 4.2.2., prendre connaissance des définitions de « cotisant » et « groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire » ainsi que de certaines règles d'interprétation énoncées au nouvel alinéa 251.1(3)c), notamment les sous-alinéas (ii) et (v).

⁵³ S.-al. 251.1(1)g)(ii) selon le paragraphe 38(1) APLB; l'exception ne s'applique pas.

5.1. COTISANTS AFFILIÉS

5.1.1. Cotisant : lien de dépendance ou contrepartie insuffisante

Ce terme vise toute personne, avec ou sans lien de dépendance avec la fiducie, qui effectue un prêt ou un transfert de bien à une fiducie à un moment donné. Veuillez noter que le prêt ou transfert direct ou indirect, fait de quelque manière que ce soit, est visé par cette règle. Au surplus, la règle vise le prêt ou le transfert fait pour le compte de la fiducie. Il ne semble donc pas nécessaire que la fiducie soit partie au prêt ou transfert mais qu'elle en soit seulement la bénéficiaire.

Certains prêts et transferts de biens ne seront pas tenus en compte lorsqu'ils sont effectués par une personne n'ayant aucun lien de dépendance avec la fiducie à ce moment donné et qu'elle n'est pas, immédiatement après ce moment, un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie. Quant à ce régime d'exclusion, il vise :

- un prêt consenti à un taux d'intérêt raisonnable; ou
- un transfert effectué pour une contrepartie égale à la JVM du bien transféré.

Ce régime d'exclusions n'est jamais disponible pour tout prêt ou transfert de bien effectué par une personne qui a un lien de dépendance avec la fiducie (en tenant compte de la règle proposée au sous-alinéa 251.1(4)c)(ii) L.I.R. et étudiée ci-après).

5.1.2. Bénéficiaire et lien de dépendance

Aux fins de l'application des règles proposées, la personne qui est bénéficiaire d'une fiducie ne sera pas considérée, lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est affiliée à la fiducie, comme ayant un lien de dépendance avec la fiducie du seul fait qu'elle est bénéficiaire de la fiducie⁵⁴. Compte tenu des dispositions de l'alinéa 251(1)b) L.I.R., un bénéficiaire d'une fiducie personnelle serait automatiquement réputé avoir un tel lien de dépendance avec la fiducie dont il est un bénéficiaire. La règle énoncée au sous-alinéa 251.1(4)c)(ii) L.I.R. fait en sorte que le bénéficiaire d'une fiducie

⁵⁴ Règle proposée au sous-alinéa 251.1(4)c)(ii) L.I.R.

puisse transférer des fonds ou des biens à la fiducie pour une contrepartie égale à la JVM sans être systématiquement considéré comme un cotisant de la fiducie⁵⁵.

5.1.3. Élargissement de la notion d'affiliation aux particuliers liés

Le nouveau sous-alinéa 251.1(4)c)(v) L.I.R. élargit, pour ce qui est de déterminer si le cotisant d'une fiducie est affilié au cotisant d'une autre fiducie, les catégories de particuliers qui sont considérés comme affiliés les uns aux autres. Par conséquent, les personnes unies par les liens du sang, du mariage, d'une union de fait ou de l'adoption seront également considérées comme affiliées les unes aux autres à ces fins. Reprenons un exemple des notes techniques ci-dessous⁵⁶.

Exemple

Faits : deux frères, David et Éric, établissent chacun une fiducie et transfèrent des biens à leur fiducie respective pour une contrepartie inférieure à la JVM. Les deux fiducies sont créées au profit des épouses de David et d'Éric, de sorte que chacune recevrait à titre de bénéficiaire 100 % du revenu ou du capital de l'une ou l'autre fiducie si un pouvoir discrétionnaire était pleinement exercé en leur faveur.

Résultat : David et Éric sont chacun des cotisants de la fiducie à laquelle ils ont transféré des biens pour une contrepartie inférieure à la JVM, et les épouses sont des bénéficiaires détenant une participation majoritaire des deux fiducies, en raison du pouvoir discrétionnaire et de la règle énoncée au sous-alinéa 251.1(4)c)(i) L.I.R. Par l'effet de la règle d'interprétation énoncée au sous-alinéa 251.1(4)c)(v) L.I.R., David et Éric sont affiliés en vertu de l'alinéa 251(6)a) L.I.R. Par conséquent, les fiducies sont affiliées l'une à l'autre étant donné que le cotisant de l'une est affilié au cotisant de l'autre et que le bénéficiaire détenant une participation majoritaire de l'une est affilié au bénéficiaire détenant une participation majoritaire de l'autre (les personnes sont affiliées à elles-mêmes par l'effet de la règle qui est actuellement énoncée à l'alinéa 251.1(4)a) L.I.R.).

⁵⁵ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 2, p. 137.

⁵⁶ *Id.*, pp. 148-149.

5.1.4. Pas de cotisants affiliés

Dans le cas où il n'y pas de cotisants affiliés, les fiducies ne seront pas affiliées et il n'est donc pas nécessaire de regarder si la deuxième condition est remplie.

5.2. BÉNÉFICIAIRE OU GROUPE DE BÉNÉFICIAIRES DÉTENANT UNE PARTICIPATION MAJORITAIRE

Lorsqu'on est en présence de cotisants affiliés, s'ajoute la deuxième condition qu'un bénéficiaire, ou un groupe de bénéficiaires, détenant une participation majoritaire de la première fiducie soit affilié à un bénéficiaire, ou groupe de bénéficiaires, détenant une participation majoritaire de la deuxième fiducie. Ainsi, deux fiducies sont affiliées l'une à l'autre si l'une des trois situations suivantes se produit :

- Tout d'abord, les fiducies sont affiliées si la même personne est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire des deux fiducies ou encore si elle est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la première fiducie et est affiliée au bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la deuxième fiducie⁵⁷ (voir la figure 10).
- Deuxièmement, les fiducies sont affiliées si un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de l'une d'elles est affilié à chaque membre d'un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire de l'autre⁵⁸.
- Enfin, dans le cas où chaque fiducie a un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire (ou plus d'un tel groupe), les fiducies sont affiliées si chaque membre d'un groupe de chaque fiducie est affilié à au moins un membre d'un groupe de l'autre fiducie⁵⁹.

Étant donné qu'il est possible qu'une fiducie ait plus d'un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire, il faut prendre en considération les participations de l'ensemble des bénéficiaires – et de toutes les personnes affiliées à un bénéficiaire – afin de déterminer si deux fiducies

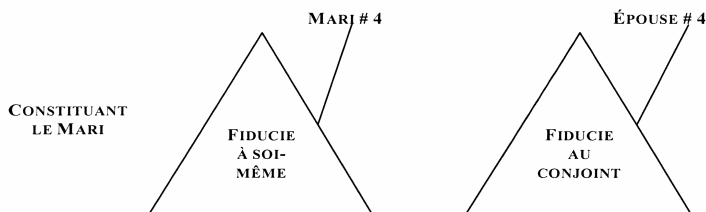
⁵⁷ S.-al. 251.1(1)h)(i) L.I.R.

⁵⁸ S.-al. 251.1(1)h)(ii) L.I.R.

⁵⁹ S.-al. 251.1(1)h)(iii) L.I.R.

sont affiliées l'une à l'autre. À cet égard, il faut revoir les règles d'interprétation s'appliquant à un tel groupe.

Figure 10



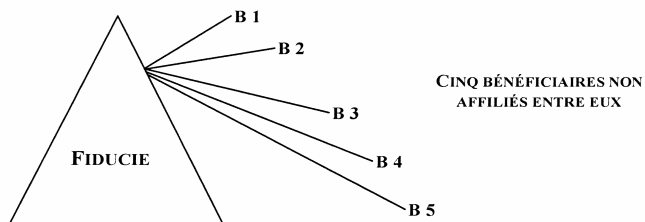
Fiducie pour soi-même et Fiducie au conjoint ont le même cotisant. Elles sont affiliées par la règle du sous-alinéa 251.1(1)h(i) L.I.R. En effet, Mari est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de Fiducie pour soi-même et affilié à Épouse aussi un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de Fiducie au conjoint.

5.2.1. « Groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire »

Selon la définition ajoutée au paragraphe 251.1(3) L.I.R., est un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire d'une fiducie tout groupe de bénéficiaires qui respecte deux critères. Premièrement, les participations des membres du groupe dans la fiducie doivent être telles que, si une personne les détenait toutes, cette personne serait un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie. Deuxièmement, il ne peut y avoir de sous-groupe du groupe en question. En d'autres termes, si la participation d'un des membres du groupe était retranchée et si les participations des membres restants étaient détenues par une seule personne, cette personne ne peut plus être un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la fiducie. Les notes techniques précisent que, pour l'application de la définition, seules les personnes qui agissent de concert seront considérées comme faisant partie d'un même groupe⁶⁰.

⁶⁰ CANADA, ministère des Finances, *op. cit.*, note 2, p. 146. Dans le contexte corporatif, un groupe détenant le contrôle d'une société n'existera pas sauf s'il se trouve une communauté d'intérêt au-delà de la détention d'actions de la société. Vraisemblablement, la détention de participations dans une fiducie par des personnes ne fera pas en sorte qu'elles seront considérées comme un groupe de ce seul fait. La nature précise du lien requis entre les personnes demeure une question de fait. Voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* (à suivre...)

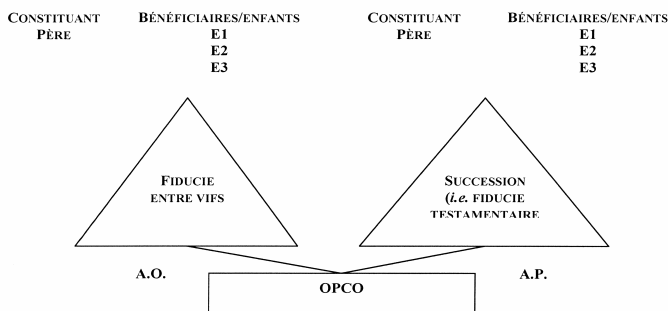
Figure 11



Cinq bénéficiaires détiennent chacun une participation de 20 % dans une fiducie. Dans ce cas, tout groupe de trois bénéficiaires est un groupe de bénéficiaires détenant une participation majoritaire. Un groupe composé de moins de trois membres ne posséderait pas suffisamment de participations pour que, si les participations étaient détenues par une seule personne, cette personne soit un bénéficiaire détenant une participation majoritaire. Le premier critère ne serait donc pas respecté. Un groupe de plus de trois membres ne respectera pas le deuxième critère puisque, si la participation d'un des membres était retranchée du groupe, les participations des membres restants seraient telles que, si elles étaient détenues par une seule personne, cette personne serait un bénéficiaire détenant une participation majoritaire.

Exemple

Figure 12



(...suite)

IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 8 juin 2004, par. 32, où l'ARC indique qu'agir de concert veut habituellement dire conclure au préalable un accord sur la manière de procéder. Voir AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-302R3, « Pertes d'une corporation – effets des prises de contrôle, des fusions et des liquidations sur leur déductibilité – après le 15 janvier 1987 », 28 février 1994, par. 3 et 4.

Père est le constituant de Fiducie entre vifs et Succession. Père est le cotisant de Fiducie entre vifs car il a un lien de dépendance avec E1, E2 et E3, qui sont bénéficiaires de Fiducie entre vifs, et, de ce fait, il a un lien de dépendance avec Fiducie entre vifs⁶¹. En ce qui concerne Succession, Père est le constituant à l'occasion et en raison de son décès. On peut se demander si Père a un lien de dépendance avec Succession puisqu'on pourrait argumenter qu'il cesse d'avoir un lien de dépendance avec ses enfants après et en raison de son décès. S'il fallait interpréter la règle de cette façon, toutes les fiducies testamentaires constituées par un défunt ne seraient jamais affiliées entre elles car elles n'auraient pas de cotisant. Il est probable que la règle vise la personne contribuant par un bien de son vivant ou à son décès de sorte que Père devrait être vu comme le cotisant de la succession⁶². N'importe quel groupe de deux des trois enfants, E1, E2 et E3, constitue un groupe de bénéficiaires (non affiliés) détenant une participation majoritaire de Fiducie entre vifs et aussi de Succession de sorte que celles-ci sont affiliées entre elles.

6. SOCIÉTÉ AFFILIÉE À UNE FIDUCIE

Les nouvelles règles proposées ne font pas nommément référence à l'affiliation d'une société et d'une fiducie. Bien entendu, la société est une personne et, en ce sens, le nouvel alinéa 251.1(1)g) L.I.R. sera applicable. Ainsi, une société sera affiliée si elle détient une participation majoritaire de la fiducie⁶³ ou encore si la société ne détient pas une participation de la fiducie, elle est affiliée à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire. Rappelons que la définition élargie du terme bénéficiaire détenant une participation majoritaire fait en sorte qu'une personne doit tenir compte de son droit de bénéficiaire dans le revenu ou le capital de la fiducie mais aussi des participations dans le revenu ou le capital de la fiducie des autres personnes qui lui sont affiliées.

Tel qu'il a été précisé dans les notes techniques, les nouveaux alinéas 251.1(1)g) et h) L.I.R. complètent sans les remplacer les règles en vigueur

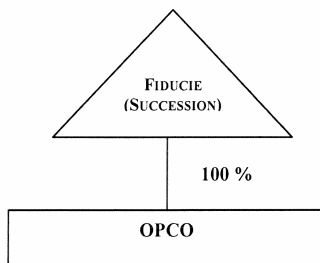
⁶¹ Al. 251(1)b) L.I.R.

⁶² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, *op. cit.*, note 60, par. 30 *in fine*, où l'ARC considère que généralement le transfert de biens d'une personne décédée à sa succession ou à une fiducie créée conformément aux dispositions du testament de cette personne ne constitue pas une opération « sans lien de dépendance ». L'auteur n'a pas fait de recherche jurisprudentielle à savoir si la position était bien fondée en droit.

⁶³ En tenant compte de la règle d'interprétation du sous-alinéa 251.1(4)iv)(c) L.I.R.

dans leur application aux fiducies. Une fiducie peut donc être affiliée à une autre personne autrement qu'en vertu des nouveaux alinéas g) et h). Par exemple, une fiducie et la société qu'elle contrôle continueront d'être affiliées en vertu de l'alinéa 251.1(1)b) L.I.R.

Figure 13



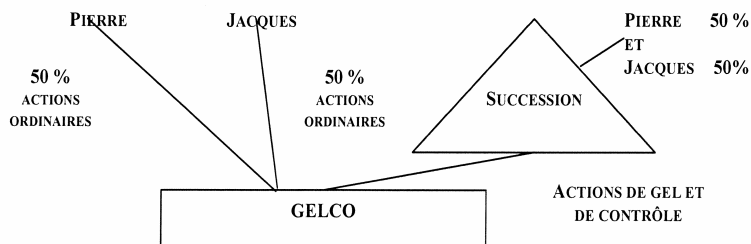
Généralement, la norme d'affiliation prévoit que deux entités sont affiliées lorsqu'on est en présence de deux groupes de personnes non affiliées dont chaque membre de chacun de ces groupes est affilié à au moins un membre de l'autre groupe :

- pour deux sociétés, voir la règle du sous-alinéa 251.1(1)c)(iii) L.I.R.;
- pour deux sociétés de personnes, voir la règle du sous-alinéa 251.1(1)f)(iii) L.I.R.;
- pour une société et une société de personnes, voir la règle de l'alinéa 251.1(1)d) L.I.R.;
- pour deux fiducies, voir la règle proposée au sous-alinéa 251.1(1)h)(iii).

Les entités étant affiliées entre elles, elles ne peuvent transiger ensemble dans le but de constater une perte. Rien dans la norme d'affiliation n'empêche cependant qu'une entité (une société, une société de personnes ou une fiducie) contrôlée ou détenue par un groupe de personnes non affiliées transige avec une personne non affiliée du groupe aux fins de réaliser une perte. Il est intéressant de constater que l'Avant-projet de loi du Budget de 2004 n'ajoute pas une règle semblable à celle de l'alinéa 251.1(1)d) L.I.R. Ainsi, il est possible d'envisager qu'une société contrôlée par un groupe de personnes non affiliées transige en vue de réaliser des pertes avec une fiducie dont le même groupe détient une participation majoritaire.

Si tel est le cas, la planification *post mortem* traditionnelle qui consiste pour les liquidateurs d'une succession à faire racheter les actions du défunt dans le but d'utiliser la technique du paragraphe 164(6) L.I.R. en sera facilitée. Prenons l'exemple du parent qui a mis en œuvre un gel successoral en faveur de ses enfants. Le parent détient des actions privilégiées et des actions de contrôle (votes multiples) alors que les enfants détiennent directement en parts égales des actions ordinaires, votantes et participantes (actions de croissance). Comme le parent n'a pas de conjoint à son décès, il réalise un gain en capital réputé⁶⁴. Les liquidateurs de la succession du parent sont des tiers qui ne participent pas dans la succession et les enfants sont les seuls héritiers en parts égales de la succession du parent. La société ne sera pas liquidée mais les liquidateurs demandent le rachat de toutes les actions détenues par la succession dans la société dans le but de réaliser une perte en capital devant faire l'objet du choix du paragraphe 164(6) L.I.R., afin d'éliminer le gain en capital réputé du défunt immédiatement avant son décès. Après le rachat, la succession n'a aucune action votante dans la société et tenons pour acquis que la succession ne contrôlera pas en fait la société après le rachat d'actions. La société et la succession ne seront pas affiliées l'une à l'autre après le rachat. C'est ce qu'illustre la figure 14. Pierre et Jacques constituent un groupe de personnes non affiliées contrôlant Gelco et détenant une participation majoritaire de la succession. Ils ne sont pas affiliés à la succession ou à Gelco et celles-ci ne sont pas affiliées entre elles.

Figure 14



Par contre, si Jacques détenait 60 % des actions ordinaires et avait une participation de 60 % dans la succession, la perte serait perdue. En effet, Jacques est affilié à la succession selon le sous-alinéa 251.1(1)g(i) et à la société par le sous-alinéa 251.1(1)b(i) L.I.R. La société est ainsi affiliée à la

⁶⁴ Par. 70(5) L.I.R.

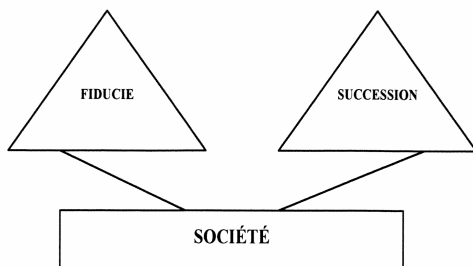
succession selon le sous-alinéa 251.1(1)g)(ii) L.I.R., car l'exception ne s'applique pas.

À ce moment-ci, il est intéressant de revoir les figures de la section 3.2. et de comparer les résultats des anciennes et nouvelles règles. Selon les nouvelles règles, quant à la figure 1, la fiducie et la succession ayant le même constituant seront affiliées entre elles (s.-al. 251.1(1)h)(iii) L.I.R.) dans le cas où les enfants détiennent des parts égales dans l'une et l'autre. Si la succession ne contrôle pas la société (s.-al. 251.1(1)b)(i) L.I.R.) après un rachat, elle ne sera pas affiliée à la société, car celle-ci n'est pas affiliée à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire dans la succession; donc, le résultat est le même.

Figure 1

BÉNÉFICIAIRES :
ENFANTS : ANDRÉE,
BERNADETTE, CLOVIS

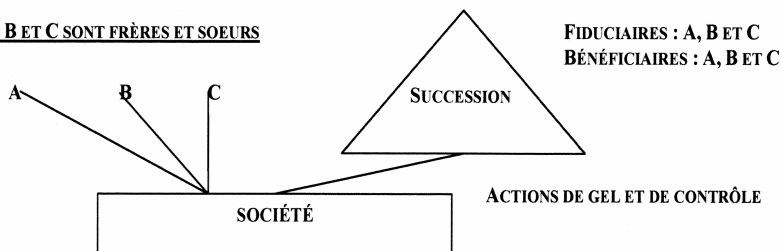
FIDUCIAIRES :
DEUX ONCLES : MARCEL ET
ROLAND



Quant à la figure 2, le résultat devait être le même que selon les règles antérieures car la société est contrôlée par un groupe de personnes non affiliées qui est un groupe de personnes détenant une participation majoritaire; cependant, étant donné qu'il n'y a pas de règle semblable à celle de l'alinéa 251.1(1)d) L.I.R., la succession ne sera pas affiliée à la société après le rachat.

Figure 2

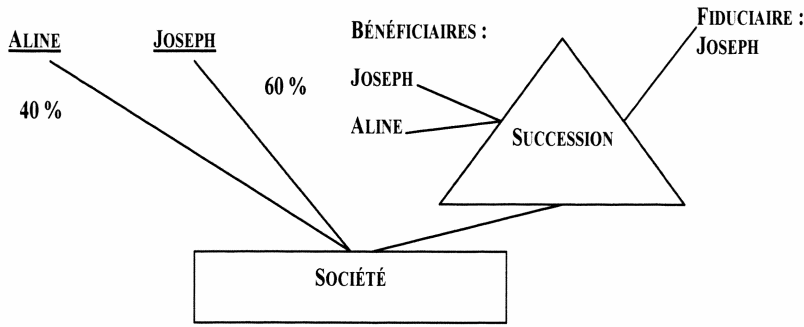
A, B ET C SONT FRÈRES ET SOEURS



FIDUCIAIRES : A, B ET C
BÉNÉFICIAIRES : A, B ET C

Dans le cas de la figure 3, on présume qu’Aline et Joseph sont frère et sœur et bénéficiaires en parts égales de la succession. La succession ne sera pas affiliée à la société après le rachat d’actions car Joseph ne détient pas une participation majoritaire de la succession. Donc, c’est un résultat nouveau et favorable comparativement aux règles d’avant le 23 mars 2004.

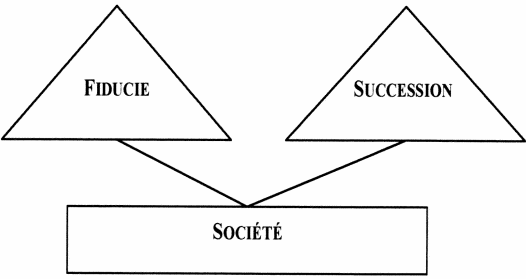
Figure 3



Dans le cas de la figure 4, la fiducie et la succession seront affiliées en raison du groupe de personnes non affiliées. Après le rachat, la fiducie sera affiliée à la société (s.-al. 251.1(1)b)(i) L.I.R.). La succession ne sera pas affiliée à la société car celle-ci n’est pas affiliée à un bénéficiaire détenant une participation majoritaire.

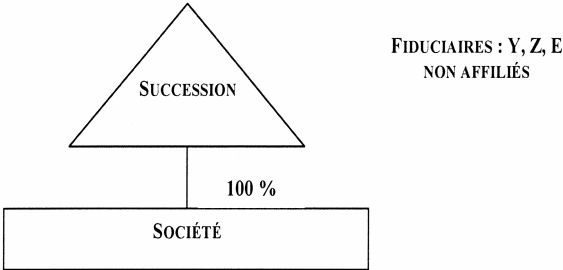
Figure 4

BÉNÉFICIAIRES : A, B E T C
FIDUCIAIRE : MARCEL



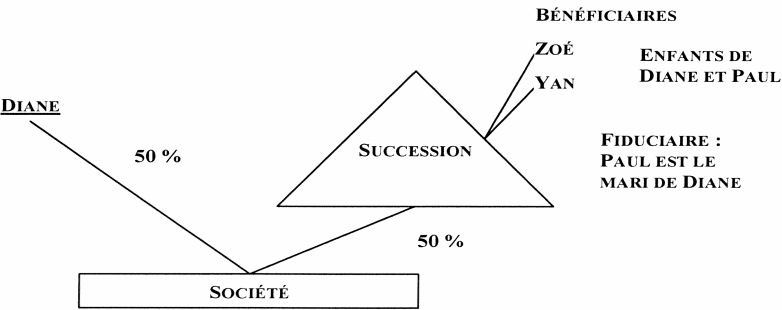
Le cas de la figure 5 demeure le même puisque c’est la règle existante du sous-alinéa 251.1(1)b(i) L.I.R. qui s’applique.

Figure 5



Le cas de la figure 6 donne aussi un nouveau bon résultat après le rachat d’actions car Diane contrôle la société et lui est affiliée mais la société n’est pas affiliée à une personne détenant une participation majoritaire de la succession.

Figure 6



La revue de ces cas illustre le fait que la nouvelle règle d’affiliation ne sera pas nécessairement défavorable lorsque la succession a plusieurs bénéficiaires pouvant être liés sans être affiliés et qu’ils détiennent des parts en deçà de 50 %. Lorsqu’un bénéficiaire de la succession est seul ou détient une participation majoritaire tout en contrôlant la société, la règle du paragraphe 40(3.6) L.I.R. posera un problème eu égard à la nouvelle norme d’affiliation.

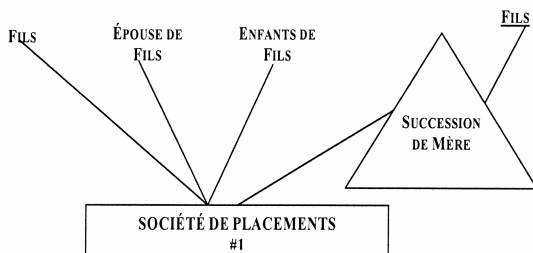
7. PLANIFICATION

La meilleure façon d'éviter les embûches du paragraphe 40(3.6) L.I.R. en relation avec la planification *post mortem* utilisant, entre autres, la technique du paragraphe 164(6) L.I.R. est de faire en sorte que la société soit liquidée⁶⁵. Voyons l'exemple ci-dessous.

Faits

- Mère décède alors qu'elle est propriétaire d'actions de contrôle de la Société de placement 1 (ci-après SP 1). Succession de Mère est contrôlée par Fils.
- Fils adulte de Mère, épouse de Fils et les enfants adultes de Fils détiennent des actions de SP 1.
- SP 1 détient des terrains et des valeurs mobilières qui sont des immobilisations.
- Dans le cas où les actions de la succession ont été rachetées, Fils contrôlerait SP 1 après le rachat.

Figure 15



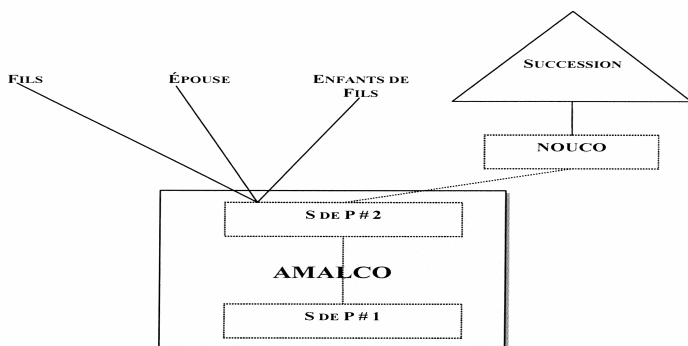
Résultat

Dans le but d'utiliser les deux techniques de planification basées sur l'alinéa 88(1)d) L.I.R. et le paragraphe 164(6) L.I.R., deux nouvelles sociétés sont constituées : Société de Placement 2 (ci-après SP 2) et Nouco.

⁶⁵ Al. 69(5)d) L.I.R.

Elles seront utilisées pour deux roulements successifs selon le paragraphe 85(1) L.I.R.

Figure 16



Le premier roulement vise tous les actionnaires de SP 1. Toutes les actions font l'objet d'un roulement à SP 2. Par la suite, la succession va participer à un second roulement en transférant ses actions nouvellement acquises de SP 2 à Nouco. SP 1 et SP 2 vont fusionner pour former Amalco de façon à pouvoir bénéficier des règles de la majoration (par. 87(11) et al. 88(1)d) L.I.R.) sur les immobilisations (autres que les biens amortissables) de SP 1.

Amalco va racheter toutes les actions de Nouco. Il y aura liquidation de Nouco au cours de la première année d'imposition de la succession de façon à utiliser la technique du paragraphe 164(6) L.I.R. Étant donné la liquidation de Nouco, le paragraphe 40(3.6) L.I.R. ne s'appliquera pas en raison de la règle prévue à l'alinéa 69(5)d) L.I.R.

Par le passé, ce genre de planification a fait l'objet d'une décision anticipée favorable⁶⁶. Dans cette affaire, un simple rachat d'actions par la société sans aucune planification aurait entraîné l'application du paragraphe 40(3.6) L.I.R., que ce soit en vertu des règles d'affiliation existantes avant le 23 mars ou des nouvelles règles proposées après le 22 mars 2004⁶⁷. Ainsi, ce

⁶⁶ *Tax Window Files, op. cit.*, note 23.

⁶⁷ Les Enfants de Fils ne détenaient pas d'actions votantes et Fils et son Épouse contrôlaient la société. Dans notre exemple, Société de placement 1 est affiliée à la succession en vertu du fait qu'elle est une personne affiliée à Fils (à suivre...)

genre de planification devrait continuer d'être acceptable et jugé par l'ARC conforme à la politique fiscale et à la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

CONCLUSION

La nouvelle norme d'affiliation applicable aux fiducies et aux successions obligera les administrateurs (fiduciaires ou liquidateurs) à consulter des fiscalistes qui mettront en place des structures par étapes pour contourner l'application de ces règles. Si ces planifications par étapes sont acceptables sur la base de la politique fiscale, laquelle permet d'éviter la double imposition par l'utilisation du paragraphe 164(6) L.I.R., il nous semble que la *Loi de l'impôt sur le revenu* devrait être modifiée de façon à ajouter une exclusion à l'application de la règle du paragraphe 40(3.6) L.I.R. dans le cas où la perte d'une succession au moment du rachat d'actions fait l'objet d'un choix du paragraphe 164(6) L.I.R. Après de multiples représentations, le ministère des Finances a accepté par le passé de constituer un régime s'appliquant aux successions selon les dispositions du paragraphe 112(3.2) L.I.R. Pourquoi ne pas faire de même avec le paragraphe 40(3.6) L.I.R.? Il nous semble que ce serait équitable envers les contribuables et notamment pour ceux qui n'ont pas les connaissances ou les ressources pour consulter des fiscalistes à grands frais.

(...suite)

(s.-al. 251.1(1)b)(i) L.I.R.), qui est un bénéficiaire détenant une participation majoritaire de la succession (s.-al. 251.1(1)g)(i) L.I.R.).

SOURIEZ! L'IRS VOUS REGARDE – L'INVASION DE L'EMPIRE AMÉRICAIN



Jean Richard
Avocat, Pl. Fin.
BMO Nesbitt Burns



David A. Altro
Notaire, Pl. Fin.
Avocat, Barreau de la Floride

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (JEAN RICHARD)

INTRODUCTION 41:3

1. NOUVELLES EXIGENCES 41:5

2. LA CONVENTION DE MANDATAIRE AUTORISÉ 41:10

CONCLUSION 41:17

PARTIE B (DAVID A. ALTRO)

INTRODUCTION	41:18
1. DISPOSITION D'UN IMMEUBLE SITUÉ AUX ÉTATS-UNIS	41:18
1.1. IMPOSITION AUX ÉTATS-UNIS	41:18
1.2. IMPOSITION AU CANADA	41:20
2. DROITS SUCCESSORaux AMÉRICAINS	41:21
2.1. ASSUJETTISSEMENT AUX DROITS SUCCESSORaux AMÉRICAINS	41:21
2.2. CALCUL DES DROITS SUCCESSORaux AMÉRICAINS SELON L' <i>INTERNAL REVENUE CODE</i>	41:22
2.3. CALCUL DES DROITS SUCCESSORaux AMÉRICAINS SELON LA CONVENTION	41:23
2.4. LES PROCÉDURES D'HOMOLOGATION AUX ÉTATS-UNIS	41:24
2.5. LES FORMULAIRES À PRODUIRE	41:25

PARTIE A

Jean Richard, avocat, Pl. Fin.
BMO Nesbitt Burns

INTRODUCTION

Rien n'est plus légitime pour les États que de chercher à maintenir l'intégrité de leur assiette fiscale et à contrer l'évasion fiscale. Au cours des dernières décennies, l'attention des États-Unis s'est notamment portée sur les bénéfices que certains contribuables tirent de l'utilisation des conventions fiscales intervenues avec d'autres pays. Pour contrer cette pratique, les États-Unis ont introduit la règle qui exige que le bénéfice de tout traité doit spécifiquement être demandé par le titulaire d'un droit réclaté sauf s'il y a renonciation spécifique de l'administration¹. Cette règle s'est appliquée après 1988. Des mesures visant à contrer les pratiques de « magasinage de juridiction » (*tax shopping*) furent également introduites par l'ajout ou l'inclusion, dans les conventions fiscales internationales auxquelles les États-Unis sont partie, de dispositions niant le droit aux bénéfices d'un traité si l'ultime bénéficiaire de la disposition avantageuse n'est pas un bénéficiaire ultime résident de l'autre État contractant.

C'est en continuité avec cette approche qu'en octobre 1997, l'Internal Revenue Service (ci-après « IRS ») a annoncé l'introduction d'une nouvelle réglementation concernant les procédures de retenues à la source requises lors de tout paiement fait par un payeur situé aux États-Unis à un bénéficiaire situé à l'extérieur. On constatera en effet, selon les statistiques publiées par l'IRS², que trois pays soit les Îles Cayman pour 12,2 %, les Bermudes à 3,4 % et le Luxembourg à 3,1 % se partagent 18,7 % du total de 139,7 milliards de dollars de revenus ayant leur source aux États-Unis et payés à des étrangers non résidents.

La nouvelle procédure est lourde, contraignante et complexe. Elle exporte la législation des États-Unis chez ses partenaires économiques. Elle s'écarte substantiellement de la méthode antérieure basée sur l'adresse du bénéficiaire du paiement pour se rapprocher, dans son objectif, des mesures adoptées dans les traités fiscaux visant à contrer le magasinage de juridiction. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

¹ *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »), § 6114.

² <http://www.irs.ustreas.gov/taxstats/article/0,,id=96993,00.html>.

Il est indéniable que la norme antérieure ne calmait plus les inquiétudes de l'IRS quant aux risques d'évasion fiscale. Par ailleurs, bien qu'elle ait été adoptée avant les événements du 11 septembre 2001, cette procédure s'inscrit bien dans des mesures de contrôle des transactions touchant le crime organisé et le terrorisme en forçant l'adoption de règles relatives à la connaissance du client, acceptables pour les autorités états-uniennes, d'une juridiction qui désire maintenir l'anonymat de ses titulaires de comptes qui sont des étrangers non résidents des États-Unis. Il est donc facile de prévoir qu'elle sera maintenue.

Pour mieux comprendre la démarche, il est important de se rappeler que les États-Unis assujettissent les contribuables à l'impôt sur la base de leur résidence ou de leur citoyenneté sans égard au lieu de résidence. En vertu de cette mesure, les personnes assujetties à la retenue à la source à l'étude sont les étrangers ne résidant pas aux États-Unis. Comme les revenus mondiaux de toute source des citoyens des États-Unis sont imposables quel que soit leur lieu physique de résidence et qu'ils doivent produire une déclaration fiscale aux États-Unis, si ceux-ci utilisaient des adresses de complaisance ou si un citoyen des États-Unis résidait à l'étranger, la méthode utilisée antérieurement pouvait faire en sorte qu'on ne le découvre pas. Assurer l'intégrité du système fiscal est le but déclaré de ces substantielles modifications. L'effet externe est d'assujettir les personnes non citoyennes et non résidentes des États-Unis à une procédure qui relève d'une loi qui leur est totalement étrangère et qui pourrait porter préjudice au traitement fiscal de leurs investissements américains relativement à la situation antérieure. L'investisseur dont l'institution financière étrangère avec laquelle il fait affaire ne s'est pas assujettie aux règles états-uniennes, par voie de convention, verra son identité divulguée au fisc ou ses retenues excéder ce qu'elle seraient autrement en vertu de l'accord liant son pays de résidence et les États-Unis.

Dans un premier temps, le présent texte révisera les nouvelles exigences de retenues à la source pour les paiements effectués à partir d'une source états-unienne vers une destination à l'extérieur et, subséquemment, les critères pour établir une entente de mandataire autorisé du gouvernement des États-Unis appelée *Qualified Intermediary Agreement* et les conséquences d'une telle entente pour le signataire.

Les textes pertinents se retrouvent principalement dans la réglementation³. La presque totalité des règles de retenues à la source

³ 26 C.F.R. § 1.1441-0 et suiv.

examinées s'y trouvent. Par ailleurs, la convention de *Qualified Intermediary* et les exigences administratives se trouveront à la partie III du bulletin 2000-4⁴. Le texte de l'entente type y est reproduit.

1. NOUVELLES EXIGENCES

L'*Internal Revenue Code* prescrit un impôt de 30 %⁵ sur les revenus de source états-uniennes payés à des étrangers non résidents. Les impôts sont perçus par voie de retenues à la source sur les paiements représentant un intérêt, un dividende, un loyer, un salaire, un gage, une prime, une rente, une indemnisation, une rémunération, des émoluments, que la somme soit fixe, déterminable, périodique, qu'elle représente un profit ou un revenu payé à partir d'une source située aux États-Unis à un bénéficiaire qui est un non-résident étranger⁶.

Les payeurs visés sont toute personne agissant à quelque titre que ce soit qui paie, crédite ou porte au compte d'un bénéficiaire étranger ne résidant pas aux États-Unis un revenu dont la source y est située. Selon cette mesure, que le payeur soit un intermédiaire, un dépositaire, un procureur ou un courtier, ce qui importe est le lieu d'origine, la destination et le statut du bénéficiaire. Jusqu'ici, les règles sont assimilables à celles que l'on retrouve à la Partie XIII de notre *Loi de l'impôt sur le revenu*⁷.

L'obligation de base est celle de la retenue de 30 % quand le payeur (ci-après « mandataire »⁸) effectue un paiement à un étranger non résident sauf si :

- il peut valablement associer le paiement avec la documentation sur la base de laquelle il peut considérer le paiement fait à un citoyen ou résident des États-Unis⁹;

⁴ *Internal Revenue Bulletin* N° 2000-4, 24 janvier 2000, Partie III, Rev. Proc. 2000-12.

⁵ I.R.C. § 871 (a) et § 881 (a).

⁶ I.R.C. § 1441 pour les personnes et entités qui ne sont pas des sociétés et § 1442 pour ces dernières.

⁷ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod.

⁸ *Withholding agent*.

⁹ *Non-exempt US person* ou *exempt US person*.

- le bénéficiaire étranger assume la responsabilité de retenue notamment à titre de mandataire autorisé¹⁰.

Il est possible de s'acquitter de cette obligation en produisant les Formulaires W-8BEN pour chaque bénéficiaire ultime¹¹ d'un paiement. Ce formulaire permet d'établir l'identité du bénéficiaire, d'attester qu'il est un étranger non résident, qu'il a droit au bénéfice d'une convention fiscale et de certifier qu'il est le bénéficiaire ultime réel du revenu. Quant aux paiements faits à des citoyens ou résidents, ils se doivent d'être rapportés par la production d'un Formulaire W-9¹². Les paiements effectués aux étrangers sont également assujettis aux dispositions de retenues accessoires et autres retenues prévues par le chapitre 61 de l'*Internal Revenue Code*. Les paiements faits à des résidents ou citoyens des États-Unis, dont il est impossible d'établir l'identité en raison du refus de produire leur identification fiscale, doivent faire l'objet d'une retenue accessoire¹³. Un payeur qui omet d'obtenir l'identification¹⁴ du bénéficiaire résident ou citoyen ou d'effectuer la retenue devient personnellement responsable du paiement, des intérêts et peut encourir une pénalité¹⁵.

Les paiements faits aux étrangers non résidents ne sont pas visés par ces obligations de divulgation mais cela est conditionnel à la production, par l'étranger non résident, de la documentation requise pour établir son statut. Les paramètres et exemples pour aider les payeurs à établir les paiements à des étrangers assujettis à la retenue se trouvent dans les règlements.

¹⁰ Traduction libre de la notion de *Qualified Intermediary*.

¹¹ Traduction libre de *Beneficial owner* tel que ce terme est défini dans l'*Internal Revenue Code*, les règlements et l'entente type et réfère essentiellement à la personne qui serait tenue de s'imposer sur ce revenu en vertu de l'*Internal Revenue Code*.

¹² Ce formulaire vise l'obtention du numéro d'identification fiscal (« TIN », acronyme de *Tax Identification Number*) du bénéficiaire.

¹³ « *Backup withholding* » I.R.C. § 3406.

¹⁴ Formulaire W-9.

¹⁵ I.R.C. § 3403.

Payeur situé aux États-Unis	Citoyen ou résident : production du Formulaire W-9 (TIN)	Aucune somme retenue sur le paiement	Déclaration 1099
	Citoyen ou résident : refus de produire le Formulaire W-9 (TIN)	Retenue accessoire de 31 %	Déclaration 1099
	Étranger non résident : production du Formulaire W-8BEN, pas le bénéficiaire ultime	Retenue de 30 %	Déclaration 1042
	Étranger non résident : production du Formulaire W-8BEN, bénéficiaire ultime	Retenue de 30 % ou moins selon la convention	

Lorsque le titulaire d'un paiement est un intermédiaire, le payeur doit considérer le paiement fait au bénéficiaire ultime et documenter le paiement comme tel. La procédure doit établir la qualité de l'intermédiaire et déterminer la retenue pertinente. Le payeur doit toujours être en mesure de valablement associer le paiement avec la documentation sur la base de laquelle il peut considérer le paiement fait à un citoyen, un résident des États-Unis ou un étranger non résident. Cette détermination a trait tant à la nature du paiement qu'à sa ventilation.

La qualité d'un intermédiaire est établie par voie d'un certificat¹⁶ que doit produire l'intermédiaire au payeur. Le certificat déterminera si l'intermédiaire est :

- un intermédiaire non autorisé;
- un intermédiaire autorisé pour les retenues de non-résident;

¹⁶ W8-IMY.

- un intermédiaire autorisé pour les retenues de non-résident, résident et retenues accessoires;
- une succursale située aux États-Unis;
- une entité étrangère transparente¹⁷ avec retenues;
- une entité étrangère transparente sans retenues.

Selon la qualité ci-dessus, le payeur devra procéder aux retenues suivantes.

Payeur situé aux États-Unis	Intermédiaire non autorisé et entités étrangères sans retenues	Produit au payeur le Formulaire W-8IMY et autant de Formulaires W-9 et W-8BEN qu'il y a de titulaires secondaires du paiement.	Le payeur déclare les revenus des citoyens et résidents (1099 et 945) et effectue les retenues accessoires. Le payeur produit les retenues de non-résidents étrangers (1042).
	Intermédiaire autorisé (<i>Qualified Intermediary</i>) sans assumer l'obligation de déclarer les revenus de résidents et citoyens et entités étrangères avec retenues	Produit le Formulaire W-8IMY indiquant les regroupements (<i>pools</i>) de retenues (nature ¹⁸ du paiement, pourcentage et taux ¹⁹ de retenue applicable au regroupement), le Formulaire W-9 et les informations pertinentes. L'intermédiaire produit la déclaration de non-résidents (1042).	Le payeur déclare les revenus des citoyens et résidents (1099) et effectue les retenues accessoires.

¹⁷ Société de personnes, fiducie simple et fiducie en faveur de l'auteur (*Grantor*).

¹⁸ Intérêts, dividendes, redevances, loyers, etc.

¹⁹ Selon la convention ou le taux de base.

	Intermédiaire autorisé (<i>Qualified Intermediary</i>-EIN) assume l'obligation de déclarer les revenus de résidents et citoyens et d'effectuer la retenue accessoire	Produit le Formulaire W-8IMY indiquant les regroupements (<i>pools</i>) de retenues (nature ²⁰ du paiement, pourcentage et taux ²¹ de retenue applicable au regroupement), le Formulaire W-9 et les informations pertinentes. L'intermédiaire produit la déclaration de non-résidents (1042). Le payeur déclare les revenus des citoyens et résidents (1099) et effectue les retenues accessoires.	

Le payeur doit agir avec prudence et diligence. Il doit notamment refuser les avantages fiscaux réclamés si :

- le Formulaire W-8 produit est incomplet;
- s'il contient des affirmations contradictoires;
- s'il manque d'informations pertinentes;
- s'il contient des informations différentes connues du payeur provenant d'autres sources;
- s'il indique une adresse aux États-Unis, a une adresse postale aux États-Unis;
- s'il indique une nouvelle adresse aux États-Unis;
- s'il est payé sur un compte à l'étranger avec instructions d'acheminer un paiement aux États-Unis.

Le payeur doit également appliquer certaines présomptions lorsqu'il s'apprête à effectuer un paiement et qu'il ne peut, selon le cas, valablement l'associer avec la documentation, à la fraction de ce paiement effectuée à un

²⁰ Intérêts, dividendes, redevances, loyers, etc.

²¹ Selon la convention ou le taux de base.

citoyen ou résident des États-Unis ou à un étranger non résident. Les présomptions sont essentiellement les suivantes :

- Un paiement assujetti à la retenue des étrangers non résidents, fait dans un compte maintenu hors des États-Unis, est présumé fait à un titulaire de compte étranger non documenté. Tout bénéfice d'une convention fiscale sera alors refusé.
- Tout paiement au bénéfice d'un compte situé hors des États-Unis et qui ne peut être valablement attribué à un titulaire étranger non résident est réputé effectué à un titulaire résident ou citoyen assujetti non documenté. La retenue accessoire de 31 % doit être effectuée sur le paiement.
- Les paiements qui suivent sont présumés faits à des bénéficiaires non assujettis :
 - revenu de source étrangère;
 - produit de vente des courtiers;
 - produit de vente à escompte sauf en cas de rachat;
 - intérêts payés avec certaines obligations;
 - sommes maintenues en dépôt auprès des banques et institutions financières pour deux semaines et moins;
 - montant original d'émission émises à rabais dont la vente et le rachat sont complétés en deux semaines et moins;
 - les sommes décrites dans le Treas. Reg. §§ 1.6049-5(b)(7), (10) et (11).

2. LA CONVENTION DE MANDATAIRE AUTORISÉ

Pour se prévaloir d'une entente de mandataire autorisé²², une institution financière doit accepter de se soumettre aux termes d'une entente contractuelle avec l'IRS. Le mandataire autorisé pourra réclamer, au nom de ses clients, les taux de retenues réduits sur la base de regroupements des

²² *Supra*, note 10.

comptes ouvrant sur un bénéfice d'une convention fiscale. Il pourra ainsi préserver la confidentialité de l'information relative à ses clients étrangers et non résidents des États-Unis.

L'institution qui demande l'établissement d'une telle convention doit fournir de nombreuses informations ayant trait, notamment, aux exigences et à la surveillance de l'application des règles relatives à la connaissance du client.

L'obligation du demandeur variera selon la nature des obligations qu'il s'engagera à assumer. Quel que soit le niveau de son obligation, il sera responsable de déclarer et d'effectuer les retenues prévues; il sera personnellement responsable auprès de l'IRS.

Le mandataire autorisé sera celui qui doit obtenir la documentation lui permettant de valablement associer le paiement fait au titulaire d'un compte et les obligations de retenue ou divulgation. Il devra s'acquitter de cette obligation en respect des règles concernant la connaissance du client.

D'une manière générale, le mandataire autorisé pourra préserver la confidentialité de ses clients étrangers non résidents. Son obligation sera de faire une déclaration sur une base de regroupements permettant au payeur d'effectuer la retenue pertinente.

Par ailleurs, les titulaires de compte qui seraient des personnes assujetties²³ devront autoriser le mandataire à divulguer les informations pertinentes les concernant. Si des contraintes légales, coutumières ou contractuelles empêchent le mandataire de divulguer ces informations, il doit tenter d'obtenir du titulaire assujetti une renonciation à cette confidentialité. Dans le cas contraire, le mandataire effectuera la retenue accessoire ou vendra les actifs faisant l'objet de revenu assujetti, selon la date à laquelle le compte a été ouvert.

Seuls les pays ayant fait l'objet d'une approbation préalable peuvent établir une convention avec l'IRS. Ceux dont les règles concernant la connaissance du client ou l'intégrité du système sont mises en doute ne peuvent établir de telles ententes et doivent, sous peine de retenues excessives, produire toute l'information concernant leurs clients.

²³ *Non-exempt beneficiary*, c'est-à-dire les résidents et citoyens des États-Unis.

Pour être admissible, le demandeur d'établissement de convention de mandataire autorisé doit, avec sa demande, spécifier et produire²⁴ :

- qu'elle est une personne admissible et qu'elle désire établir une entente avec l'IRS pour être un mandataire autorisé;
- les nom, adresse, numéro d'employeur aux États-Unis, s'il y a lieu;
- le pays de résidence, de constitution et une description des affaires;
- une liste et les coordonnées des personnes autorisées qu'il représente;
- l'explication et l'exemple des procédures d'ouverture de comptes, les documents utilisés pour chaque lieu où l'accord sera en vigueur;
- une liste décrivant chaque type de titulaire de compte qui sera assujéti à la convention;
- une description des actifs situés aux États-Unis par nature et leur valeur approximative, et la ventilation des biens détenus par le demandeur et par les titulaires de compte;
- la demande de numéro d'employeur.

À cela s'ajoutent les conditions administratives préalables à l'établissement d'une convention de *Qualified Intermediary* qui ont trait à la règle de « connaître votre client » :

- une copie ou traduction anglaise des lois et règlements relatifs à la connaissance du client (*Know your customer rules*) qui régissent la conduite du demandeur lors de l'ouverture d'un compte par un titulaire dans la juridiction du demandeur, incluant toutes les références pertinentes;
- le nom de l'organisation, gouvernementale ou privée, responsable de l'application et de la surveillance de ces règles; l'information doit préciser la méthode de vérification et de mise en oeuvre de ces règles;

²⁴ Rev. Proc. 2000-12.

- les pénalités applicables pour tout défaut relatif à l'obtention de la documentation et à l'application des règles relatives à la connaissance du client;
- la définition de la notion de client ou de titulaire de compte appliquée selon la règle relative à la connaissance du client (incluant la notion de bénéficiaire direct ou indirect d'un compte actif); si la définition de titulaire ou d'un client inclut le bénéficiaire d'une fiducie, une société par actions dont les actifs sont administrés par une personne liée ou le bénéficiaire de fiducie en faveur de soi-même;
- une déclaration concernant la documentation requise en vertu de la règle sur la connaissance du client afin de déterminer si le titulaire du compte agit à titre d'intermédiaire pour une autre personne;
- une déclaration concernant la documentation utilisée en vertu de la règle sur la connaissance du client afin de déterminer si une institution financière exige d'identifier le titulaire d'un compte comme le bénéficiaire ultime de tout montant crédité au compte;
- une liste des documents spécifiquement requis et utilisés en vertu de la règle sur la connaissance du client; s'il n'y a aucune documentation prescrite, alors il faudra produire la documentation acceptée par les autorités administratives responsables de l'application des règles sur la connaissance du client;
- une déclaration attestant que la règle sur la connaissance du client requiert l'obtention d'une adresse permanente pour tout titulaire de compte;
- le résumé des règles applicables si un compte n'est pas ouvert en personne (numéro de téléphone, adresse postale, adresse Internet);
- une déclaration relative à la capacité d'ouverture de compte par voie de référence ou de présentation;
- les situations dans lesquelles la documentation en vertu de la règle sur la connaissance du client doit être obtenue pour les comptes déjà ouverts;
- la liste de toutes les exceptions, s'il y a lieu, à l'application de la règle sur la connaissance du client;
- une déclaration établissant si la règle sur la connaissance du client s'applique lorsqu'un paiement est compensé par une autre institution financière;

- une déclaration concernant la durée de validité de la documentation obtenue en vertu de la règle de la connaissance du client;
- une déclaration relative à la durée de conservation de la documentation obtenue en application des règles sur la connaissance du client et la nature des documents conservés;
- indiquer si les règles exigent de conserver des traces des transferts électroniques, la nature des documents conservés, la durée de conservation; si les indications fournies précisent à la fois la source et la destination des fonds;
- une liste des paiements ou de comptes qui ne sont pas assujettis à la règle de la connaissance du client;
- si les règles concernant les banques privées comportent des règles ou des dispositions spéciales quant à l'application de la règle sur la connaissance du client.

Comme le démontrent ces exigences, non seulement l'institution financière doit-elle se qualifier mais aussi prouver que le droit interne de l'État où elle est située et l'application de celui-ci sont acceptables pour les autorités de l'IRS.

Sur approbation des préalables décrits ci-dessus, l'IRS pourra conclure une convention de mandataire par laquelle l'institution financière s'assujettira contractuellement à la législation des États-Unis et à la juridiction de ses tribunaux²⁵.

La convention reprend, en l'essence, la réglementation en vigueur notamment les définitions²⁶, la responsabilité de retenue²⁷, les exigences de documentation, les présomptions²⁸, la divulgation²⁹ et les déclarations³⁰.

²⁵ Voir l'alinéa 12.04 de la convention type reproduite dans l'*Internal Revenue Bulletin* n° 2000-4, *op. cit.*, note 4.

²⁶ *Id.*, al. 2.

²⁷ *Id.*, al. 3.

²⁸ *Id.*, al. 5.

²⁹ *Id.*, al. 6.

³⁰ *Id.*, al. 7 et 8.

L'institution bénéficiant d'une convention de mandataire autorisé peut, si elle le choisit, établir des conventions accessoires³¹ avec d'autres intermédiaires qui acceptent de se conformer aux obligations de mandataire. Le mandataire principal demeure toujours responsable de l'entente et l'entente privée accessoire est toujours soumise à l'entente principale. Cette pratique peut être fort utile pour les sociétés satellites ou les filiales d'une institution financière qui a elle-même établi une entente de mandataire autorisé.

La convention prévoit que le mandataire et ses partenaires par voie de convention accessoire devront faire l'objet d'une vérification indépendante de l'accomplissement de leurs obligations contractuelles. Cette vérification aura lieu la deuxième et la cinquième année de la convention. Le vérificateur est nommé par le mandataire mais doit être choisi parmi les vérificateurs autorisés par l'IRS qui se réserve le droit de rejeter ce choix. La vérification doit être complétée avant le 30 juin suivant les années fixées.

Le contenu du mandat de la vérification est prévu au contrat. Il devra notamment inclure :

- la vérification du matériel de formation, les directives, la conservation de la documentation;
- les procédures d'ouverture de compte, sondages de la mise en oeuvre et examen des employés;
- le suivi effectif des procédures de réclamation de taux réduits en vertu d'une convention fiscale;
- la révision des comptes ouverts par mode d'échantillonnage;
- la vérification du respect des conditions de l'entente avec l'IRS;
- la révision des Formulaires W-9;
- la certification de la validité des déclarations touchant des comptes dont la divulgation de l'information n'est pas permise par la législation locale;

³¹ *Id.*, al. 4, traduction libre de l'expression *Private Arrangement Intermediary*.

- la vérification des ententes de convention de mandataire autorisé accessoire (« PAI »).

Il doit dès lors faire rapport particulièrement sur les questions suivantes :

- toute violation, erreur ou omission, actuelle ou sous enquête, relative à la règle de « connaître son client »;
- toute manœuvre pour éviter l'application intégrale et entière de la convention.

La convention se termine le 31 décembre de la cinquième année civile qui suit l'entrée en vigueur de l'entente³². Les parties, avant échéance, peuvent y mettre un terme sur simple avis et respect du délai. L'IRS s'engage toutefois à ne pas y mettre fin unilatéralement à moins de changements importants tels des changements de contrôle à la suite d'une vente ou d'une acquisition du mandataire, des modifications législatives qui touchent la convention, une décision judiciaire visant la convention, un changement dans les règles sur la connaissance du client jointes à la demande de convention, un changement dans l'activité de l'entreprise qui modifie la capacité de cette dernière d'assumer les obligations de la convention.

Il sera également possible pour l'IRS de mettre fin à la convention au cas de défauts nommés tels le manquement dans les procédures, vérifications et contrôles internes; le manquement dans la perception des retenues pertinentes; les représentations erronées sur le Formulaire W-8IMY; le défaut d'obtenir et de conserver la documentation pertinente requise, de produire les déclarations requises, d'effectuer les vérifications requises; de divulguer l'identité des citoyens américains et résidents, d'informer l'IRS sur les sujets importants ou spécifiés au contrat, de remédier à un défaut identifié par l'IRS ou par les vérificateurs externes ou de ne pas se conformer aux obligations de disposer des actifs américains d'un citoyen ou résident des États-Unis qui refuse de divulguer son identité ou d'autoriser la divulgation de celle-ci.

L'entente ne se renouvelle pas automatiquement mais une fenêtre s'ouvrant pendant un an avant l'échéance et se refermant six mois avant celle-ci permet aux parties de choisir de renouveler l'entente.

³² *Id.*, al. 11.02.

CONCLUSION

La convention de mandataire autorisé permet de résoudre certains problèmes créés par l'introduction des nouvelles procédures en permettant de protéger l'identité des titulaires de compte qui sont des étrangers non résidents des États-Unis. Ces dispositions font des institutions financières étrangères les gardiens de la probité fiscale des citoyens et résidents de ce pays et contribuent à faire la vie dure au blanchiment d'argent et au financement des activités terroristes en obligeant les pays contractants à établir et maintenir un degré élevé de connaissance des clients.

Il s'agit bien sûr d'une invasion dans les juridictions étrangères. Est-elle justifiée? À vous de juger. Est-ce la première? Certainement pas! Est-ce la dernière? Non plus! Ou s'arrêtera-elle? Qui sait!

PARTIE B

David A. Altro, notaire, Pl. Fin.

Avocat, Barreau de la Floride

INTRODUCTION

Lorsqu'un résident du Canada possède des biens aux États-Unis tels qu'une résidence secondaire par exemple, il doit alors tenir compte d'une panoplie de lois américaines qui peuvent s'appliquer. Entre autres, les lois américaines peuvent réglementer ses entrées sur le territoire américain (les lois d'immigration) ainsi que la vente d'une résidence américaine (les lois fiscales). De plus, les lois américaines réglementent la situation où l'individu décède et détient des biens situés aux États-Unis (les lois d'homologation et des droits successoraux).

Le but du présent texte est de décrire brièvement les procédures administratives et les formulaires à produire lorsqu'un individu dispose d'un bien immobilier aux États-Unis ou lorsque l'individu décède alors qu'il détient un tel bien.

1. DISPOSITION D'UN IMMEUBLE SITUÉ AUX ÉTATS-UNIS

1.1. IMPOSITION AUX ÉTATS-UNIS

Depuis l'adoption de la *Foreign Investment Real Property Tax Act* en 1980, le gain en capital réalisé par un non-résident lors de la disposition d'un immeuble situé aux États-Unis est assujéti à l'impôt fédéral, conformément à la disposition 897 de l'*Internal Revenue Code*¹.

Les intérêts immobiliers américains ne sont pas limités aux intérêts directs. Ils peuvent inclure les intérêts indirects tels que la détention d'actions d'une société américaine, si plus de 50 % de la valeur des éléments d'actifs de la société est attribuable à des biens immeubles situés aux États-Unis. Cependant, les actions d'une société canadienne ne sont pas considérées comme des intérêts immobiliers américains.

Le taux d'imposition maximal américain applicable à un particulier disposant d'un immeuble est généralement de 15 % au niveau fédéral en plus de l'impôt de l'État, le cas échéant. Le taux d'imposition maximal pour une

¹ *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »).

société est généralement de 34 % en plus de l'impôt de l'État, le cas échéant. Le gain réalisé lors de la disposition de l'immeuble par une société sera donc imposé plus lourdement que celui qui est réalisé par un particulier.

Le paragraphe XIII(1) de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis*² prévoit que le gain réalisé par un résident canadien par suite de la disposition d'un bien immeuble situé aux États-Unis est imposable aux États-Unis. Cela n'empêchera cependant pas le Canada d'imposer le résident canadien réalisant ce gain. Toutefois, celui-ci aura droit à un crédit pour impôt étranger pour l'impôt américain payé par suite de la disposition du bien.

Cependant, si l'immeuble était détenu par le propriétaire le 26 septembre 1980, la plus-value accumulée depuis le 1^{er} janvier 1985 sera imposable aux États-Unis, selon le paragraphe XIII(9) de la Convention.

Afin d'assurer le paiement de l'impôt américain par le non-résident, l'*Internal Revenue Code* prévoit une retenue à la source d'un montant équivalent à 10 % du prix de vente brut retenu par l'acquéreur³. Les intérêts immobiliers américains visés par cette disposition de retenue à la source comprennent généralement les terrains et les immeubles. Cependant, la définition est plus large et inclut les actions d'une société si une certaine portion des éléments d'actifs de celle-ci est attribuable à des intérêts immobiliers américains.

L'expression « prix de vente » est extrêmement large et comprend plus que le simple argent comptant. Sont inclus dans cette définition l'argent reçu ou à recevoir, de même que le passif assumé relativement à l'immeuble. Le montant retenu par l'acquéreur doit être remis aux autorités fiscales américaines dans les 20 jours suivant la vente de l'immeuble avec le Formulaire 8288 ou dans les 20 jours suivant la décision des autorités fiscales concernant un certificat, relatif à cet immeuble, si une demande de certificat a été faite avant la date de vente.

Le Formulaire 1099 doit être rempli et envoyé au bureau d'enregistrement avec l'acte de vente.

² S.C. 1984, c. 20 et mod. (ci-après « Convention »).

³ I.R.C. § 1445.

L'*Internal Revenue Code* prévoit certaines exceptions à cette retenue administrative de 10 %. Il n'y aura pas de retenue à la source dans les cas suivants :

- i) si le vendeur fournit à l'acquéreur un affidavit indiquant qu'il réside aux États-Unis;
- ii) si l'acquéreur utilise l'immeuble comme résidence personnelle pendant au moins 50 % du temps au cours des deux années qui suivent et que le montant de la vente n'excède pas 300 000 \$ US⁴;
- iii) si le vendeur a obtenu un certificat des autorités fiscales américaines afin que la retenue à la source ne soit pas prélevée.

Selon la disposition 1445 I.R.C., le montant à retenir est réduit si le vendeur est exonéré de l'impôt américain sur le gain ou s'il est établi que l'impôt à payer pour l'année est inférieur au montant de la retenue.

Notons qu'une telle retenue ne constitue qu'un acompte à valoir sur la responsabilité fiscale ultime du vendeur et que le non-résident doit produire une déclaration de revenus américaine afin de calculer son impôt payable aux États-Unis. Afin de compléter la déclaration de revenus (Formulaire 1040NR), on doit obtenir un numéro d'identification « ITIN », qui est l'équivalent d'un numéro d'assurance sociale au Canada. Pour l'attribution de ce numéro, on devra remplir le Formulaire W-7.

1.2. IMPOSITION AU CANADA

Le gain en capital réalisé par suite de la vente d'un immeuble aux États-Unis entraîne un gain en capital imposable au Canada. L'impôt américain payé sur ce gain donnera lieu à un crédit pour impôt étranger au Canada⁵. Le crédit pour impôt étranger ne peut cependant pas être reporté sur une année ultérieure. Il est donc important de maximiser son utilisation dans l'année de la disposition de l'immeuble.

⁴ I.R.C. §1445b) (5) et § I.1445-2d) (1) du Règlement d'application de l'I.R.C.

⁵ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 126(1).

Rappelons que si l'immeuble constitue la résidence principale du particulier, ce dernier aura droit à la déduction pour résidence principale⁶.

2. DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS

2.1. ASSUJETTISSEMENT AUX DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS

À son décès, le résident canadien qui n'est ni résident ni citoyen des États-Unis sera imposé sur la valeur de ses biens situés aux États-Unis. Le but principal des droits successoraux américains est d'imposer la transmission du patrimoine du défunt. L'impôt est fonction de la valeur marchande des biens détenus au décès et non de leur plus-value, comme c'est le cas lors d'une disposition réelle. Par exemple, lorsqu'un résident canadien acquiert une résidence secondaire en Floride au montant de 300 000 \$ US et que la valeur de l'immeuble au décès est de 400 000 \$ US, les droits successoraux seront calculés en utilisant une valeur de 400 000 \$ US et non de 100 000 \$ US.

La notion de résident pour l'application des droits successoraux américains n'est pas la même que celle qui est relative à l'impôt sur le revenu américain. Pour l'application de l'impôt sur le revenu, cette notion est fonction du nombre de jours passés aux États-Unis durant les trois dernières années ou de la détention d'un visa d'immigration (*green card*), alors que pour l'application des droits successoraux américains, elle fait appel au concept de domicile. Ce concept de domicile aux États-Unis est semblable à celui du *Code civil du Québec*⁷, soit l'endroit où une personne a sa résidence véritable, fixe et permanente et où elle a l'intention de revenir lorsqu'elle s'en absente.

Seuls les biens situés aux États-Unis sont inclus dans la succession imposable d'un non-résident des États-Unis. Les biens suivants sont assujettis aux droits successoraux américains :

- i) un immeuble situé aux États-Unis (par exemple une maison, une copropriété, un chalet, un terrain);
- ii) des actions d'une société américaine;

⁶ Al. 40(2)b) L.I.R.

⁷ L.Q. 1991, c. 64.

- iii) des obligations, billets ou autres titres de créance dont le débiteur est une société américaine, une autorité américaine (fédérale, d'un État ou municipale) ou toute autre personne des États-Unis. Cependant, il existe certaines exemptions dont celle qui est applicable généralement lorsque les intérêts payés à des non-résidents sont exonérés de la retenue à la source américaine;
- iv) un bien personnel corporel situé aux États-Unis (par exemple des meubles);
- v) une participation dans une société de personnes ou une fiducie détenant des biens aux États-Unis dans certains cas.

2.2. CALCUL DES DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS SELON L'INTERNAL REVENUE CODE

Seule la valeur nette des biens situés aux États-Unis est incluse dans la succession du non-résident. Certaines dépenses sont déductibles de la valeur imposable de la succession. Les dépenses admissibles à cette déduction incluent des dépenses d'administration, les frais funéraires ainsi que certaines dettes et certains impôts (y compris l'impôt canadien par suite du décès)⁸. Par contre, ces dépenses ne sont pas entièrement déductibles; elles le sont seulement en proportion de la valeur des biens situés aux États-Unis par rapport à la valeur de la succession à l'échelle mondiale (ci-après « succession mondiale »), selon la formule suivante :

$$\text{Déduction admissible} \quad X \quad \frac{\text{valeur des biens situés aux États-Unis}}{\text{valeur de la succession mondiale}}$$

Avant 1988, un citoyen ou résident américain pouvait obtenir une déduction complète dans le calcul de la succession imposable lorsqu'il transmettait sa succession à son conjoint survivant, que celui-ci soit citoyen américain ou non. Depuis 1988, cette déduction n'est offerte que si le conjoint survivant est un citoyen américain. Par exemple, la déduction est refusée lorsqu'un Canadien et son conjoint résident aux États-Unis sans toutefois être citoyens américains (notamment, s'ils détiennent seulement une « carte verte »). Par contre, une déduction est offerte lorsqu'un non-résident transmet ses biens situés aux États-Unis au conjoint survivant qui est citoyen américain.

⁸ I.R.C. § 2106.

Depuis 1988, les taux applicables pour les non-résidents sont les mêmes pour les citoyens américains, c'est-à-dire de 18 % à 48 %. Dans tous les cas, un crédit de 13 000 \$ US est accordé, ce qui représente les premiers 60 000 \$ US de la valeur de la succession⁹.

Il y a lieu de souligner que d'importantes modifications ont été introduites en 2001 par la *Economic Growth and Tax Relief Reconciliation Act of 2001*. En vertu de cette loi, les droits successoraux seront abolis en 2010, mais seront rétablis en 2011 à moins de changements d'ici cette date. De plus, la loi réduit progressivement les taux maximaux des droits successoraux et augmente aussi le montant du crédit unifié.

2.3. CALCUL DES DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS SELON LA CONVENTION

Afin de régler le problème de la double imposition applicable au décès d'un résident canadien détenant un bien immeuble aux États-Unis, découlant de l'application des droits successoraux aux États-Unis et de l'impôt au décès au Canada, les deux pays ont conclu un protocole le 31 août 1994 qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996 (ci-après « protocole »).

Cinq mesures importantes touchant les droits successoraux ont été introduites par le nouvel article XXIX B du protocole, « Impôts perçus en cas de décès » :

- i) un crédit unifié : le crédit disponible pour un résident canadien est identique à celui disponible pour un résident des États-Unis, selon la formule suivante :

$$\frac{\text{Succession brute aux États-Unis}}{\text{Succession brute mondiale}} \times \text{crédit unifié (555 800 \$ US en 2004)}$$

- ii) un crédit marital : un crédit additionnel, égal au montant du crédit unifié ci-dessus mentionné, est disponible lorsqu'un bien est transféré à un conjoint survivant résidant au Canada;
- iii) une exemption pour les successions modestes : le protocole prévoit une exonération complète des droits successoraux lorsque la succession mondiale d'un résident canadien n'excède pas 1 200 000 \$ US. Cette

⁹ I.R.C. § 2102c).

disposition n'est pas utile présentement puisque le crédit unifié équivaut déjà à une exonération supérieure, soit de 1 500 000 \$ US;

- iv) un crédit pour impôt étranger : le Canada accorde un crédit d'impôt étranger pour les droits successoraux américains payés par le défunt résidant au Canada, ce qui évitera généralement la double imposition lorsque l'impôt canadien est payable par le défunt à l'égard d'un bien situé aux États-Unis;
- v) une déduction pour legs à des organismes de charité.

2.4. LES PROCÉDURES D'HOMOLOGATION AUX ÉTATS-UNIS

Lorsque la succession d'un défunt comprend un bien immobilier ou un compte de banque situé en Floride, ces biens seront soumis à une procédure d'homologation (*probate*) selon les lois de la Floride, afin de prouver la validité du testament transmettant les biens aux bénéficiaires désignés. Le tribunal successoral de la Floride examinera le testament du défunt et vérifiera s'il est conforme à la loi applicable en Floride, et délivrera une lettre d'homologation afin de signifier son acceptation de l'exécuteur testamentaire désigné et de la validité du testament.

La procédure d'homologation est complexe, longue et dispendieuse pour la succession du défunt. Elle comprend les étapes suivantes :

- i) production d'une requête en homologation devant le tribunal successoral de la Floride et nomination d'un représentant (*Petition for Approval of Personal Representative*);
- ii) production du testament avec traduction officielle s'il est rédigé en français;
- iii) production de l'inventaire des biens;
- iv) publication d'avis dans les journaux locaux;
- v) signification d'avis aux créanciers;
- vi) production des déclarations auprès de l'Internal Revenue Service et du Florida Department of Revenue;
- vii) transmission des biens au nom du bénéficiaire et autres étapes liées.

Les frais d'homologation peuvent représenter environ 3 % à 5 % de la valeur des biens situés en Floride.

Afin d'éviter les coûts d'homologation ainsi que les délais importants, nous recommandons fréquemment que le propriétaire du bien immobilier transfère le bien de son vivant à une fiducie révocable appelée *Florida Living Trust*. Les avantages de ce genre de fiducie comprennent, entre autres, la prévention des problèmes en cas d'incapacité mentale et des les procédures d'homologation au décès, la protection contre les créanciers ainsi que des avantages fiscaux et autres bénéfices.

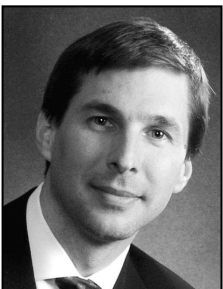
2.5. LES FORMULAIRES À PRODUIRE

Lorsque la valeur des biens situés aux États-Unis dépasse le montant minimal de 60 000 \$ US, les formulaires suivants doivent être produits dans un délai de neuf mois suivant le décès : « US Estate Tax Return (for non-resident) » 706NA, le Formulaire 2848 et le Formulaire 8821.

POT-POURRI EN ASSURANCE



Diane Hamel
CGA
Financière Manuvie



Jean-François Michaud
Avocat
Ogilvy Renault

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (DIANE HAMEL)
Récentes interprétations en matière d’assurance

INTRODUCTION 42:3

1. DÉSIGNATION D’UN ORGANISME DE BIENFAISANCE À TITRE DE BÉNÉFICIAIRE IRRÉVOCABLE D’UN CONTRAT D’ASSURANCE VIE – SUITE ET FIN 42:3

2. RENTES À DES FINS DE BIENFAISANCE 42:5

3. AVANTAGE CONFÉRÉ À UN ACTIONNAIRE DANS LE CADRE D’UN CONTRAT D’ASSURANCE VIE DÉTENU PAR UNE SOCIÉTÉ..... 42:11

4. PAIEMENT D'UN MONTANT AU PREMIER DÉCÈS DANS LE CADRE D'UN CONTRAT SUR DEUX TÊTES, DERNIER DÉCÈS.....	42:16

CONCLUSION	42:19

PARTIE B (JEAN-FRANÇOIS MICHAUD)

**L'insaisissabilité des régimes enregistrés d'épargne-retraite :
la Cour suprême a-t-elle tranché définitivement la question?**

INTRODUCTION.....	42:20

1. LE JUGEMENT.....	42:20

1.1. LE RÉGIME N'EST PAS UN CONTRAT DE RENTE.....	42:21

1.2. LE RÉGIME N'EST PAS UNE FIDUCIE.....	42:23

1.3. LA FACULTÉ DE RETRAIT DU CAPITAL	42:23

2. L'IMPACT DE CE JUGEMENT SUR LES CONTRATS ÉMIS PAR DES ASSUREURS	42:26

CONCLUSION	42:33

PARTIE A**Récentes interprétations en matière d'assurance**

Diane Hamel, CGA
Financière Manuvie

INTRODUCTION

Il est toujours intéressant de se pencher sur les diverses positions adoptées par l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») et Revenu Québec lors de tables rondes ou encore publiées sous forme d'interprétations techniques ou de mémoires d'opinion. Quoique ces positions n'aient pas force de loi, elles sont tout de même représentatives de la position des autorités fiscales à l'égard d'une situation donnée à une date donnée.

J'ai choisi d'attirer votre attention sur les sujets suivants :

- désignation d'un organisme de bienfaisance à titre de bénéficiaire irrévocable d'un contrat d'assurance vie;
- rentes à des fins de bienfaisance;
- avantage conféré à un actionnaire dans le cadre d'un contrat d'assurance vie détenu par une société;
- paiement d'un montant au premier décès dans le cadre d'un contrat sur deux têtes, dernier décès.

1. DÉSIGNATION D'UN ORGANISME DE BIENFAISANCE À TITRE DE BÉNÉFICIAIRE IRRÉVOCABLE D'UN CONTRAT D'ASSURANCE VIE – SUITE ET FIN

L'an dernier au cours du congrès de l'APFF, M^c Éric La Charité avait fait état de la position de l'ARC selon laquelle lorsqu'un donateur désigne un organisme de bienfaisance à titre de bénéficiaire irrévocable d'un contrat d'assurance vie, il ne peut bénéficier d'un allègement fiscal pour don ni au

moment de la désignation ni au moment de son décès¹. Reprenons ici la source du débat.

Le don d'une police d'assurance vie peut généralement être structuré de façon à considérer que le donateur a effectué un don égal aux primes payées de son vivant à l'égard du contrat ou encore, égal au capital-décès et, dans ce cas, disponible au moment du décès seulement. Pour bénéficier d'un don égal aux primes payées, il faut que l'organisme de bienfaisance soit titulaire et bénéficiaire du contrat². L'introduction des paragraphes 118.1(5.1) et 118.1(5.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³, applicable aux décès survenant après 1998, fait en sorte qu'un donateur sera réputé avoir fait un don égal au capital-décès s'il désigne l'organisme à titre de bénéficiaire d'une police d'assurance vie et cela, même s'il demeure titulaire de son contrat. Or, dans la réponse à la question 8 posée lors de la table ronde tenue dans le cadre de la Conference for Advanced Life Underwriting de juin 2003⁴, l'ARC a émis le commentaire suivant :

« In a situation where a policyholder makes a revocable or irrevocable designation of a qualified donee as the beneficiary of a life insurance policy for all or a portion of the death benefits payable under the policy, it is our view that the premiums paid by the policyholder on the policy will not qualify as a charitable gift since the policyholder has not donated an interest in the life insurance policy. However, subsection 118.1(5.2) will apply to deem the amount of the death benefit transferred to a qualified donee as a consequence of an individual's death to be a charitable gift for purposes of section 118.1 if all the requirements set out in subsection 118.1(5.1) are met. One such requirement is that immediately before the individual's death, the qualified donee was neither a policyholder under the policy nor an assignee of the individual's interest under the policy. Another requirement is that, immediately before the individual's death, the individual's consent would have been required to change the recipient of the death benefit. Accordingly, where there is an irrevocable designation of the qualified donee as the beneficiary of the policy, subsection

¹ Éric LA CHARITÉ, « Pot-pourri en services financiers », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 54:11-30, aux pages 54:20-26.

² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-244R3, « Dons par des particuliers de polices d'assurance vie comme dons de charité », 6 septembre 1991, par. 1.

³ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

⁴ « The CCRA Responds: Tax Policy Roundtable 2003 », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, juin 2003, question 8 (ci-après « CALU »).

118.1(5.2) will not apply such that the death benefit received by the donee will not be deemed to be a charitable gift for section 118.1 purposes⁵. »

Selon l'ARC, la condition énoncée au sous-alinéa 118.1(5.1)c)(i) L.I.R. n'est pas respectée. Cette condition établit qu'immédiatement avant le décès du particulier un changement de bénéficiaire ne peut se faire sans le consentement du particulier. À la suite des représentations faites auprès de l'ARC par la CALU, l'ARC est revenue sur sa position. En effet, en réponse à la question 4 posée lors de la table ronde tenue dans le cadre de l'assemblée annuelle de la CALU en juin 2004⁶, l'ARC a émis le commentaire suivant :

« Yes - the CRA has reconsidered its position regarding gifts of life insurance proceeds where a charity is named as an irrevocable beneficiary. The revised position is based upon our understanding, which has been confirmed by you, that insurance legislation in Canada is generally consistent in its application to irrevocable beneficiary designations, that such designations cannot be changed unless the policyholder and the beneficiary both consent to the change.

Where the applicable insurance legislation requires policyholder consent to change an irrevocable beneficiary designation, our view is that proceeds of a life insurance policy paid to a registered charity pursuant to the irrevocable beneficiary designation would be deemed to be the policyholder's gift to the charity pursuant to subsection 118.1(5.2), provided that the provisions of subsection 118.1(5.1) are otherwise satisfied⁷. »

Comme un changement de bénéficiaire ne peut être effectué sans le consentement du titulaire du contrat (et du bénéficiaire s'il s'agit d'une désignation irrévocable), l'ARC confirme que la condition énoncée au sous-alinéa 118.1(5.1)c)(i) L.I.R. est respectée. Ainsi, le donateur pourra bénéficier d'un crédit pour don au moment de son décès, égal au produit du contrat d'assurance vie, et ce, même s'il a fait une désignation de bénéficiaire irrévocable. Ouf!

2. RENTES À DES FINS DE BIENFAISANCE

En décembre 2002, l'ARC a abandonné ses pratiques administratives alors en vigueur concernant les rentes à des fins de bienfaisance. L'ARC a

⁵ *Id.*

⁶ « The CCRA Responds: Tax Policy Roundtable 2004 », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, juin 2004, question 4.

⁷ *Id.*

pris cette décision en se fondant sur les paragraphes proposés 248(30) à 248(33) L.I.R. qui portaient sur ce qui doit être considéré comme un « montant admissible » de don de bienfaisance.

Depuis ce temps, de nombreuses demandes d'interprétation ont été envoyées afin d'avoir une idée exacte de la façon dont s'appliquent les nouvelles règles relatives aux rentes à des fins de bienfaisance. Ces demandes portent souvent sur l'approche à adopter pour établir le coût d'une rente à des fins de bienfaisance. En vertu des propositions législatives, pour déterminer le montant de tout avantage acquis par un donateur, on considère que le coût du bien reçu par le donateur est égal à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») du bien au moment du don.

Dans la première lettre d'interprétation⁸ du 17 février 2003, on demandait des éclaircissements sur ce qu'il adviendrait dans le contexte suivant : un homme âgé de 80 ans fait un don de 100 000 \$ à une œuvre de bienfaisance qui accepte, en contrepartie, de verser au donateur une rente annuelle viagère de 7 700 \$, sans durée garantie. Le coût d'une rente commerciale assortie des mêmes conditions serait de 52 300 \$. Le coût d'une rente commerciale assortie des mêmes conditions mais d'une durée garantie de 10 ans serait de 69 875 \$.

L'ARC a confirmé que, dans cet exemple, le montant du don serait de 47 700 \$ (soit le montant de la contribution moins le coût d'une rente commerciale assortie des mêmes conditions que la rente convenue entre l'organisme de bienfaisance et le donateur).

Elle a également confirmé qu'en général la rente convenue entre l'organisme de charité et le donateur serait considérée comme un contrat de rente prescrit (ci-après « CRP ») dans la mesure où les conditions suivantes sont respectées :

- 1) Les versements de rente ont commencé à être faits au cours de l'année d'imposition ou lors d'une année antérieure.
- 2) Le contrat a été émis par un organisme de bienfaisance enregistré.
- 3) Le détenteur du contrat est un particulier.

⁸ *Window on Canadian Tax*, Don Mills, Ont., CCH Canadian, feuilles mobiles, interprétation technique 2003-0000605, 17 février 2003.

- 4) Le détenteur est rentier en vertu du contrat et n'avait, tout au long de l'année d'imposition, aucun lien de dépendance avec l'organisme.
- 5) Les modalités du contrat exigent que :
 - a) les versements prévus par le contrat soient des versements égaux, effectués à des intervalles réguliers et au moins une fois par année;
 - b) les versements de rente soient payables soit pour une durée déterminée, soit pour la durée de vie du détenteur;
 - c) dans le cas où la période d'étalement des versements de rente est d'une durée garantie ou déterminée, celle-ci ne dépasse pas la date à laquelle le détenteur atteint l'âge de 91 ans.
- 6) Aucun prêt n'existe en vertu du contrat et les droits du détenteur en vertu du contrat ne peuvent pas faire l'objet d'une disposition avant son décès.
- 7) Aucun autre versement que ceux autorisés par l'article 304 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁹ ne peut être fait en vertu du contrat.
- 8) Aucune des modalités du contrat ne prévoit un recours contre l'organisme en cas de défaut de faire un versement en vertu du contrat.
- 9) Le détenteur n'a pas avisé l'organisme par écrit avant la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle les versements ont commencé que le contrat ne doit pas être considéré comme un CRP.

L'ARC précise que cette liste n'est pas exhaustive et qu'une analyse du contrat devrait être effectuée afin de s'assurer qu'il s'agit bien d'un CRP. Le traitement fiscal d'un CRP est généralement avantageux. En effet, les versements de rente sont inclus dans le calcul du revenu en vertu de l'alinéa 56(1)d) L.I.R. Par ailleurs, le contribuable peut demander une déduction de la portion représentant le capital de la rente en vertu de l'alinéa 60a) L.I.R. La portion représentant le capital de la rente est déterminée en vertu de l'article 300 R.I.R. et est fixe à vie. Ainsi, l'organisme serait tenu de déterminer pour chaque paiement la partie représentant le capital afin de calculer l'impôt à payer par le donateur au titre de la rente, de la même façon que l'impôt est établi en vertu des règles sur les CRP.

⁹ C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

L'ARC a confirmé que si l'on prend en compte le prix d'achat rajusté, soit 52 300 \$, et le total des paiements prévus, soit 61 600 \$, basé sur une espérance de vie de huit ans (selon la *1971 Individual Annuity Mortality Table*), la partie de la rente représentant le capital serait de 6 537,50 \$ pour chaque paiement et la fraction imposable serait de 1 162,50 \$.

L'ARC a aussi confirmé que la souscription d'une rente commerciale par l'organisme de bienfaisance en vue de remplir son obligation envers le donateur est considérée comme une opération distincte de la rente convenue entre l'organisme et le donateur. Cela signifie que si un organisme de bienfaisance devait souscrire la rente commerciale avec une durée garantie, le coût de la rente n'aurait aucun effet sur le coût établi pour le don fait par le donateur.

Une autre lettre d'interprétation¹⁰ en date du 27 octobre 2003 portait sur les mêmes faits discutés dans la première lettre. Dans sa réponse, l'ARC a confirmé que deux rentes distinctes sont établies – l'une entre l'organisme de bienfaisance et le donateur, et l'autre entre l'assureur et l'organisme de bienfaisance lorsque ce dernier souscrit une rente commerciale en vue de remplir son obligation de fournir une rente au donateur. Dans le premier cas, il s'agit d'un CRP et dans le deuxième cas, d'un contrat de rente non prescrit.

On proposait dans cette lettre un autre scénario selon lequel l'organisme de bienfaisance ne s'est pas engagé à procurer une rente au donateur mais agit plutôt à titre d'agent du donateur en souscrivant une rente commerciale (de 52 300 \$) aux mêmes conditions que celles décrites dans l'exemple plus haut.

L'ARC a répondu que les répercussions dépendraient des modalités régissant la relation entre l'organisme de bienfaisance et le donateur. S'il existe clairement une entente mandant-mandataire, on estimera que le donateur a lui-même souscrit une rente commerciale auprès de l'émetteur de la rente commerciale. Cette rente serait normalement considérée comme un CRP et, comme le prix d'achat était de 52 300 \$ dans cet exemple, l'organisme de bienfaisance serait autorisé à remettre un reçu pour don d'un montant de 47 700 \$.

¹⁰ *Window on Canadian Tax, op. cit.*, note 8, interprétation technique 2003-0008195, 27 octobre 2003.

Un troisième scénario prévoyait la souscription par l'organisme de bienfaisance, en son nom, d'une rente commerciale dont les paiements seraient versés directement au donateur par l'émetteur de la rente. L'ARC a répondu que le traitement fiscal dépendrait des modalités de l'entente passée entre les parties.

Dans une autre lettre d'interprétation¹¹ en date du 17 avril 2003, on cherchait à obtenir d'autres éléments permettant d'établir la JVM de la rente fournie au donateur par l'organisme de bienfaisance lorsque l'on détermine le « montant de l'avantage » conformément au nouveau paragraphe proposé 248(31) L.I.R.

Il était stipulé dans cette lettre que le ministère des Finances n'avait pas l'intention d'adopter des règlements portant sur la méthode d'établissement de la JVM d'une rente émise au profit d'un donateur à titre d'avantage dans le cadre d'une rente aux fins de bienfaisance. On laissait sous-entendre que la JVM pourrait être déterminée en obtenant des soumissions de professionnels de l'assurance ou de compagnies d'assurance quant au coût d'acquisition d'une rente pouvant procurer les paiements prévus dans l'entente. On mentionnait aussi que des modèles se rapprochant raisonnablement de telles soumissions seraient acceptables.

Une plus récente lettre d'interprétation¹² en date du 18 novembre 2003 énonçait des questions complémentaires concernant le calcul de la JVM. L'ARC a confirmé les énoncés suivants :

- il serait raisonnable d'utiliser les soumissions d'une compagnie d'assurance pour déterminer le coût des versements de rente;
- on peut utiliser une soumission même si une certaine période s'est écoulée entre la date de la soumission et celle de l'établissement de la rente, à la condition qu'aucun changement important ne soit survenu dans la conjoncture au cours de cette période;
- si les émetteurs de rente ne soumissionnent pas pour des contrats de rente prescrits (par exemple, dans le cas de rentiers âgés de plus de 90 ans), il est raisonnable d'utiliser une soumission portant sur un contrat de rente non prescrit;

¹¹ *Id.*, interprétation technique 2003-0008415, 17 avril 2003.

¹² *Id.*, interprétation technique 2003-0009195, 18 novembre 2003.

- si la prime unique est inférieure au montant minimum exigé par l'assureur, il est raisonnable d'apporter un rajustement proportionnel à une soumission portant sur la prime minimum exigée par l'assureur;
- on peut utiliser des modèles actuariels qui réduisent le besoin d'obtenir des soumissions de sociétés d'assurance et qui respectent les conditions du marché.

L'ARC a confirmé que si le prix d'achat d'une rente dépasse le montant total des paiements de rente qui devraient être versés au donateur (compte tenu des règles régissant les contrats de rente prescrits), aucun impôt n'est exigé, car l'inclusion de ces sommes dans le revenu (al. 56(1)d) L.I.R.) serait compensée par la déduction obtenue au titre de la partie représentant le capital de chaque versement de rente (al. 60a) L.I.R.).

On confirmait également dans cette lettre que si la valeur de la rente excède 80 % de la valeur du bien transféré à l'organisme de bienfaisance, ce bien ne sera pas reconnu comme un don sauf si le donateur peut présenter au ministre une preuve qu'il avait bien l'intention de faire un don (conformément à l'alinéa proposé 248(32)b) L.I.R.).

Enfin, dans une lettre d'interprétation¹³ en date du 18 novembre 2003, l'ARC indiquait que si un donateur/rentier d'une rente à des fins de bienfaisance (admissible comme CRP) vit au-delà de son espérance de vie (selon la *1971 Individual Annuity Mortality Table* prévue à l'article 300 R.I.R.) aux fins de déterminer la portion imposable du versement, le capital de la rente sera calculé de la même manière que pour tout autre CRP.

En termes pratiques, cela signifie que chaque versement comprendra un capital uniforme durant toute la durée du contrat, peu importe si le rentier vit longtemps ou non. Selon certaines indications, l'ARC aurait pu considérer que, dans le cas des rentes à des fins de bienfaisance souscrites après le 20 décembre 2002, si la durée de vie réelle du rentier dépasse son espérance de vie déterminée selon cette table, la totalité du versement de la rente serait imposable. La lettre d'interprétation susmentionnée règle donc cette question en confirmant que si la rente à des fins de bienfaisance est admissible à titre de CRP, elle sera imposée de la même manière qu'un CRP.

¹³ *Id.*, interprétation technique 2003-0038517, 18 novembre 2003.

Lorsque l'avant-projet de loi a été présenté et que l'ARC a publié sa position administrative en décembre 2002¹⁴, il est clair qu'on n'avait pas pris en considération la façon dont ces ententes prendraient forme. Cette série de lettres a au moins l'avantage de fournir aux conseillers qui travaillent dans ce domaine ainsi qu'aux organismes de bienfaisance disposés à accepter des dons assortis d'une rente certaines indications sur les aspects pratiques de ces ententes.

3. AVANTAGE CONFÉRÉ À UN ACTIONNAIRE DANS LE CADRE D'UN CONTRAT D'ASSURANCE VIE DÉTENU PAR UNE SOCIÉTÉ

Au cours de l'année, l'ARC a émis un certain nombre d'interprétations portant sur l'application du paragraphe 15(1) L.I.R. à un contrat d'assurance vie détenu par une société.

Le 29 juin 2004, l'ARC a eu à se prononcer sur la détermination de la valeur d'un avantage conféré à un actionnaire dans la situation suivante : une société (ci-après « OPCO ») détient un contrat d'assurance vie sur la tête de M. A, actionnaire unique d'OPCO, et paie les primes. OPCO ne déduit pas ces primes. Sa conjointe (ci-après « B ») est nommée bénéficiaire du contrat. M. A décède. Le contribuable demande si la valeur de l'avantage conféré à l'actionnaire correspond au montant des primes payées par OPCO et/ou la prestation de décès versée par l'assureur. L'ARC émet les commentaires suivants :

« Nous sommes d'avis que, dans le cadre de la Situation Donnée, la valeur de l'avantage conféré à A aux termes du paragraphe 15(1) devrait correspondre au montant des primes d'assurance payées par OPCO. La valeur de l'avantage visé par le paragraphe 15(1) ne devrait pas comprendre la prestation versée à B aux termes de la police d'assurance-vie. Dans la mesure où cette police d'assurance était une police exonérée aux fins de la Loi, cette prestation versée à B ne serait pas imposable.

Par ailleurs, nous sommes d'avis que, dans le cadre de la Situation Donnée, vous devriez considérer l'application du sous- alinéa 152(4)a)(i) qui permet entre autres au ministre d'établir une cotisation ou une nouvelle cotisation concernant l'impôt, les intérêts ou les pénalités payables par un contribuable en vertu de la Partie I après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation applicable au contribuable pour l'année dans le cas où le contribuable a fait une

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 26, 24 décembre 2002.

présentation erronée des faits, par négligence, inattention ou omission volontaire¹⁵. »

Morale de l'histoire : ne désignez pas un bénéficiaire faisant partie de la famille pour un contrat d'assurance détenu par une société.

Le 3 juin 2004, l'ARC a été appelée à se prononcer sur l'application potentielle du paragraphe 15(1) L.I.R. à la suite du versement de primes d'assurance vie payées par une société. Dans le scénario présenté, OPCO est à la fois titulaire et bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie sur la tête de A. OPCO ne déduit pas de son revenu les primes payées au titre du contrat d'assurance. A détient suffisamment d'actions avec droit de vote de la société pour en détenir le contrôle. B, employée d'OPCO, détient la totalité des actions de catégorie E du capital-actions d'OPCO. Ces actions ne procurent aucun droit de vote ni privilège de participation, mais elles donnent au détenteur le droit de recevoir le produit de la police d'assurance vie souscrite sur la tête de A sous forme d'un dividende en capital. Les actions participantes sont détenues par une fiducie familiale discrétionnaire créée en faveur de l'épouse et des enfants de A, d'une société de gestion (ci-après « GESCO ») et de A. Ce dernier détient la totalité des actions de GESCO. GESCO n'a pas de passif important mais elle est titulaire et bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie sur la tête de A dont elle ne déduit pas les primes de son revenu. Aucune des personnes précitées ne détient d'assurance vie individuelle sur la tête de A. De plus, le contribuable précise que les contrats d'assurance vie détenus par OPCO et GESCO ne permettent pas, directement ou indirectement, à A, à ses proches ou à B d'obtenir des sommes sous forme d'avances ou autrement. La question posée est la suivante :

« Vous nous demandez notre opinion relativement à l'application potentielle du paragraphe 15(1) dans le cadre de la Situation Donnée. De manière plus précise, vous désirez savoir si, dans le cadre de la Situation Donnée, le paragraphe 15(1) s'applique pour obliger A à inclure dans le calcul de son revenu la valeur d'un avantage que GESCO lui aurait conféré dans le cadre de la Situation Donnée.

En effet, vous indiquez que, dans la Situation Donnée, la police d'assurance sur la vie de A possédée par GESCO pourrait être considérée en substance comme étant une police d'assurance-vie personnelle de A. Ainsi, il ne vous semble pas évident que GESCO ait un intérêt commercial pour détenir une telle police d'assurance-vie et payer les primes y reliées. À cet égard, vous soulignez entre autres que GESCO n'aurait présentement aucun passif, que A serait l'actionnaire

¹⁵ *Window on Canadian Tax*, op. cit., note 8, interprétation technique 2004-008190117, 29 juin 2004.

unique de GESCO, que A et/ou ses proches ne détiendraient personnellement aucune police d'assurance sur la vie de A et enfin qu'il est probable que la prestation d'assurance qui sera payable à GESCO au décès de A sera acheminée aux héritiers de A au moyen du paiement d'un dividende en capital par GESCO aux termes du paragraphe 83(2).

Par ailleurs, vous désirez savoir si la Direction des décisions en impôt a énoncé des lignes directrices relativement à l'application du paragraphe 15(1) dans le cadre de la détention de polices d'assurance-vie par des sociétés¹⁶. »

C'est là une façon étonnante de formuler une question à adresser à l'ARC. Par contre, cette question m'a été posée à plus d'une reprise... L'ARC a apporté les commentaires suivants :

« Nous sommes d'avis que, dans le cadre de la Situation Donnée et compte tenu notamment du fait que GESCO serait le preneur, titulaire et bénéficiaire de la police d'assurance sur la vie de A, le paiement par GESCO des primes reliées à cette police ne devrait généralement pas être considéré comme étant un avantage que GESCO conférerait à A et qui serait visé au paragraphe 15(1).

Par ailleurs, la présente Direction n'a pas élaboré de lignes directrices relativement à l'application du paragraphe 15(1) (ou de toute autre disposition de la Loi visant l'octroi d'avantages) dans le cadre de la détention de polices d'assurance-vie par des sociétés. Une telle détermination doit faire l'objet d'une analyse de l'ensemble des faits et circonstances se rapportant à une situation particulière donnée¹⁷. »

Le 18 octobre 1999, Revenu Québec a également eu à se prononcer à savoir s'il y avait avantage imposable pour l'actionnaire dont la vie est assurée lorsque la police d'assurance vie est détenue par sa société, même si la succession peut récupérer le montant de l'assurance vie libre d'impôt par le biais d'un dividende en capital (la portion du capital-décès qui est en sus du coût de base rajusté du contrat). La réponse de Revenu Québec est la suivante :

« Ainsi, le Ministère considère qu'un particulier dont la vie est assurée en vertu d'une police dont le titulaire et le bénéficiaire est une société dont il est actionnaire, ne reçoit aucun avantage au sens de la Loi puisqu'il ne détient aucun intérêt dans la police.

Toutefois, lorsqu'un particulier dont la vie est assurée en vertu d'une police dont le titulaire est une société dont il est actionnaire mais que les bénéficiaires sont

¹⁶ *Id.*, interprétation technique 2004-007297117, 3 juin 2004.

¹⁷ *Id.*

des personnes qui lui sont liées, ce particulier bénéficie d'un avantage dont la valeur, représentée par la prime payée par la société, doit être incluse dans le calcul de son revenu en vertu de l'article 37 de la Loi ou de l'article 111 de la Loi selon les circonstances¹⁸. »

La position de Revenu Québec à cet égard est donc la même que celle de l'ARC.

Le 15 décembre 1998, l'ARC a eu à se prononcer sur l'application possible du paragraphe 15(1) L.I.R. dans une situation hypothétique selon laquelle une société mère serait bénéficiaire d'une police d'assurance sur la vie de l'actionnaire principal alors qu'une filiale en propriété exclusive serait le titulaire de la police et en paierait les primes. L'ARC a conclu de la façon suivante :

« Although you did not so indicate in your letter we assume the reason for the structure outlined above and the reason for your concern that subsection 15(1) of the Act could apply to Parentco is the intention to have the full amount of the life insurance proceeds included in the capital dividend account ("CDA") of Parentco pursuant to paragraph 89(1)(d) of the Act without reduction for the premiums paid by Subco in respect of the policy.

While a review of the specific facts of a particular situation would be required it is our view that generally subsection 15(1) of the Act would not apply to include a benefit in a beneficiary's income as a consequence of the policyholder paying the premiums due under the policy or upon receipt by the beneficiary of the proceeds of the life insurance policy as a consequence of the death of the life insured.

However it is clearly the intent of paragraph 89(1)(d) of the Act that the amount of the proceeds of a life insurance policy to be included in the CDA be reduced by the adjusted cost basis, within the meaning assigned by subsection 148(9) of the Act, of the policy. Accordingly, unless there are bona fide reasons, other than to obtain a tax benefit for the structure described above, it is our opinion that there may be a reasonable argument for applying subsection 245(2) of the Act to reduce the amount of the life insurance proceeds to be included by Parentco in its CDA by the adjusted cost basis of the policy¹⁹. »

¹⁸ *Collection fiscale* (CD-ROM), Longueuil, Publications CCH, mémoire d'opinion 99-010792, 18 octobre 1999.

¹⁹ *Window on Canadian Tax*, *op. cit.*, note 8, interprétation technique 9824645, 15 décembre 1998.

Lors de la table ronde tenue dans le cadre de l'assemblée annuelle de la CALU en juin 2004²⁰, une question a été soulevée à savoir si cette interprétation technique reflétait toujours la position de l'ARC. L'ARC a indiqué qu'en général le paragraphe 15(1) L.I.R. ne s'appliquerait pas à une telle situation. Cependant, l'ARC refuse de se prononcer sur l'application possible de la règle générale antiévitement (ci-après « RGAÉ »).

« It remains the Agency's position that generally subsection 15(1) of the Act will not apply with respect to the situation described in our technical interpretation (E9824645). Concerns regarding the potential application of subsection 15(1) of the Act in other situations involving corporate-owned life insurance policies should be submitted to this Directorate for consideration by way of an advance income tax ruling request in the case of proposed transactions or to the local tax services office in the case of completed transactions.

With regard to the GAAR, it is currently the Agency's practice to comment on the application of subsection 245(2) of the Act only after reviewing all the facts and circumstances of a transaction in connection with a request for an advance ruling²¹. »

L'ARC a limité ses commentaires exclusivement à la situation Société Mère / Filiale. Elle n'a pas non plus fait mention de l'application possible de la RGAÉ, alors que dans sa lettre antérieure elle suggérait que cette règle puisse être appliquée si le bénéficiaire était choisi non pas pour des raisons commerciales, mais plutôt dans le but de maximiser le crédit porté au compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») de la Société Mère. (La maximisation découlerait du fait que le coût de base rajusté du contrat (détenu par Filiale) ne serait pas affecté à la réduction du crédit au CDC de la Société Mère).

Cela n'a pas éclairci la question plus que ne l'avaient fait les commentaires antérieurs. D'autres scénarios avaient été soumis par la CALU mais la réponse de l'ARC indique qu'ils ne seront examinés que dans le cadre de décisions anticipées.

²⁰ CALU Report, *loc. cit.*, note 6, question 5.

²¹ Window on Canadian Tax, *op. cit.*, note 8, interprétation technique 2004-0065461C6.

4. PAIEMENT D'UN MONTANT AU PREMIER DÉCÈS DANS LE CADRE D'UN CONTRAT SUR DEUX TÊTES, DERNIER DÉCÈS

Dans une récente lettre²² en date du 25 juin 2004, l'ARC jetait un peu de lumière sur la question de savoir si elle considère qu'il y a disposition dans le cas d'un contrat d'assurance vie sur deux têtes, dernier décès qui comporte un élément prévoyant le versement d'une somme au premier décès.

Reprenons un peu l'historique de cette situation. Essentiellement, il est question ici de contrats d'assurance vie de type conjoint, dernier décès. En vertu de ces contrats, le capital-décès est payable à un bénéficiaire au décès de la dernière personne couverte en vertu du contrat. Cependant, ces contrats peuvent également prévoir un volet accumulation générant ainsi des valeurs de rachat. Or, certains contrats prévoient le versement des valeurs de rachat au moment du premier décès. Lorsqu'il s'agit d'un contrat de type conjoint, dernier décès, il est possible qu'une des personnes couvertes en vertu du contrat ne soit pas « assurable », c'est-à-dire que l'assureur n'accepterait pas le risque de couverture. Cependant, puisque le montant assuré n'est payable qu'au moment du dernier décès, l'assureur acceptera la couverture en basant son risque sur la personne « assurable ». Lors de la table ronde tenue dans le cadre de l'assemblée annuelle de la CALU en juillet 2000²³, l'ARC a eu à se prononcer sur le traitement fiscal d'un versement effectué au premier décès. On demandait si le paiement fait au bénéficiaire au moment du premier décès constituait un versement fait « à la suite du décès de toute personne dont la vie était assurée en vertu de la police », comme prévu à la définition de « disposition » au paragraphe 148(9) L.I.R., ce qui ferait en sorte qu'il pourrait être versé libre d'impôt. L'ARC répond en ces termes :

« We recognize that the words "in consequence of the death of any person whose life was insured under the policy" found in paragraph (j) of the definition of a "disposition" in subsection 148(9) of the Act are very broad and might be interpreted as including the payment which may be made at the time the first person dies. However, it appears that the insurer is not at risk with respect to the amount payable on the death of the first person since the actual death benefit is paid upon the death of the second person and effectively there is no mortality risk assumed by the insurer in respect of any benefit that may be paid on the death of the first of the two lives named under the policy. It appears reasonable to conclude that the only life insured under the policy is that of the person that is last to die. Consequently, the above payment in our view, would not be a

²² *Id.*, interprétation technique 2003-0042861E5, 25 juin 2004.

²³ « The CCRA Responds: Tax Policy Roundtable 2000 », dans *CALU Report*, Conference for Advanced Life Underwriting, juillet 2000.

payment described in paragraph (j) of the definition of "disposition" in subsection 148(9) of the Act but rather, pending the review of a particular situation, may be considered to be a policy loan or a partial disposition, and an adjustment to the "adjusted cost basis" of the policy would be appropriately made with respect to this policy loan or partial disposition as provided for in section 148 of the Act.

It is our understanding that the Department of Finance is presently reviewing the taxation of life insurance policies including "last-to-die" policies in order to deal with the tax consequences more explicitly²⁴. »

À la suite des représentations faites auprès de l'ARC par la CALU, l'ARC est revenue sur sa position en septembre 2000. En effet, l'ARC a émis le commentaire suivant :

« You have requested that Rulings Directorate of the Canada and Customs Revenue Agency reconsider its previously expressed opinion that such payment would not be described in the above-noted paragraph (j) on the basis that the first life was not a life insured under the policy. In expressing this view we conceded that the words in question are very broad and could be interpreted as including the payment made as a consequence of the death of the first of the two persons named in the policy. The lack of clarity in the legislation, which is currently under review by the Department of Finance, is due to the fact that at the time it was drafted multiple life policies were not taken into consideration. Our understanding of the intent of the legislation is that the tax free income build up allowed under exempt policies is intended to be permitted to be distributed from an exempt policy on a tax free basis only on the realization of the mortality risk which would not occur as a consequence of the death of the first person to die under a joint last-to-die policy.

Apart from what we understand would be the appropriate treatment of the payment made as a result of the first person named in the policy to die we expressed the view that such person would not be insured under the policy on the basis that the insurer would not bear any mortality risk in respect of that death. We agree with you that in determining whether a life is insured for purposes of paragraph (j) of the definition of disposition in subsection 148(9) of the Act there is no express requirement that the insurer be at risk for all or a portion of the benefit payable.

Accordingly given the broad language used in paragraph (j) of the definition of disposition in subsection 148(9) of the Act and the lack of expressed legislative intent we agree that, subject to the terms of a specific policy, the relevant words could be interpreted to include the payment made as a consequence of the first to die under a joint last to die policy with the result that the payment of the

²⁴ *Id.*

benefit would not constitute the "disposition" of an interest in the policy or a "policy loan" as defined in subsection 148(9) of the Act²⁵. »

On a finalement conclu qu'il y a une « personne assurée » même en l'absence d'un capital de risque spécifique lié au premier décès. L'ARC, en désaccord avec cette conclusion, avait renvoyé la question au ministère des Finances. Le fait que le Ministère n'ait pas réagi à l'insatisfaction de l'ARC semble indiquer qu'un tel élément est toléré.

Le point soulevé dans la récente lettre d'interprétation²⁶ de l'ARC du 25 juin 2004 porte sur la nature du capital de risque dans certains contrats. Il est difficile de dire précisément quelle était la question posée afin de nous permettre de cerner les attributs spécifiques du produit. Cependant, d'après la réponse de l'ARC, il appert que, si le paiement au premier décès comporte un élément de discrétion du titulaire de contrat, l'ARC considérerait qu'il ne s'agirait pas d'un paiement effectué « à la suite du décès ». Dans ce cas, le paiement ne serait pas exclu de la définition de « disposition » au paragraphe 148(9) L.I.R. en raison de l'alinéa j). L'ARC a ensuite mentionné que si le contrat renfermait des dispositions donnant accès aux valeurs du contrat par des retraits ou des avances (prévus dans la plupart des produits vie universelle), le montant versé au premier décès à la discrétion du titulaire serait considéré comme une disposition. Voici ce que l'ARC a déclaré à cet effet :

« It seems to us that the payment made in the first arrangement is unlikely to result in a disposition of any interest in the policy as it would likely be made as a consequence of the death of a life that is insured under the policy. The second, third and fourth arrangements, however, all involve policyholder discretion as to whether a death benefit will be paid in the event that a life insured under the policy dies and there is a surviving life insured under the policy. It is not clear to us that such payments would necessarily be viewed as made as a consequence of the death of the life insured.

Certain characteristics common to universal life policies may complicate this question, in our view. The flexibility built into such a policy may well include broad access to the policy's funding. For example, the hypothetical policies may (or may not) otherwise accord the policyholders discretion to receive payments against their account value prior to the death of the life insured(s). Withdrawals and policy loans are dispositions of an interest in a life insurance policy pursuant to subsection 148(9) of the Act. Thus, the terms and conditions under a

²⁵ *Window on Canadian Tax*, op. cit., note 8, interprétation technique 2000-0033885, 11 septembre 2000.

²⁶ *Window on Canadian Tax*, op. cit., note 22.

policy pertaining to withdrawals and policy loans may be relevant in assessing whether a payment is made as a consequence of the death of the first-to-die under the particular policy. It seems to us that a policyholder entitled to receive payments on request prior to the death of a life insured would not be viewed as receiving such payments as a consequence of the death of a life insured under the policy merely because the payments are requested after the death of a life insured. We believe that this may be an issue in circumstances where the policyholders are also the beneficiaries under a UL policy²⁷. »

Ainsi, on peut conclure que l'ARC considère que le paiement d'une somme au premier décès, en vertu d'un contrat sur deux têtes, dernier décès, constitue une disposition au titre du contrat si ce paiement est effectué à la discrétion du titulaire. Dans sa lettre, l'ARC indique que par « discrétion » elle entend que le titulaire décide si une prestation de décès sera versée ou non, en tout ou en partie, lorsqu'un assuré couvert par le contrat décède.

L'ARC explique clairement dans sa lettre que lorsqu'un montant devient payable à la suite du premier décès et que ce montant est payé aux bénéficiaires désignés sans que ce soit à la discrétion du titulaire, le paiement serait probablement considéré comme ayant été fait à la suite du décès d'une personne assurée en vertu du contrat.

Dans un autre ordre d'idées, l'ARC a aussi abordé la question de la modification d'un contrat comprenant une couverture sur deux têtes, dernier décès dans le but d'y ajouter une protection au premier décès. Selon l'ARC, la question ici est de savoir si des modifications particulières apportées à un contrat d'assurance vie sont suffisamment majeures pour produire une disposition des intérêts du titulaire dans le contrat. Elle a déclaré qu'il s'agit là d'une question de fait qui doit faire l'objet d'un examen cas par cas.

CONCLUSION

Il est toujours intéressant de se pencher sur les positions administratives des autorités fiscales. Ces positions n'étant pas statiques, il faut continuellement suivre l'évolution de leurs pensées et se tenir prêt à intervenir au besoin.

²⁷ *Id.*

PARTIE B**L'insaisissabilité des régimes enregistrés d'épargne-retraite : la Cour suprême a-t-elle tranché définitivement la question¹?**

Jean-François Michaud, avocat
Ogilvy Renault

INTRODUCTION

Dans un jugement très attendu, la Cour suprême² a déclaré saisissables, le 14 mai 2004, des fonds versés dans un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») au motif que ce régime ne se qualifiait ni comme une rente ni comme une fiducie.

1. LE JUGEMENT

Rappelons les faits. En 1998, M. Guy Thibault souscrit à un REÉR autogéré (ci-après « Régime ») auprès de la Société de fiducie de la Banque de Nouvelle-Écosse (ci-après « Société de Fiducie »). Le Régime prévoit que les fonds sont détenus par Scotia McLeod (ci-après « Scotia ») à titre de mandataire de la Société de Fiducie. Il appert du formulaire d'adhésion que M. Thibault est le « propriétaire inscrit (rentier) » et que sa conjointe est désignée bénéficiaire révocable. Le 5 août 1999, la Banque de Nouvelle-Écosse (ci-après « Banque »), créancière de M. Thibault, obtient un bref de saisie contre Scotia. M. Thibault demande d'annuler la saisie devant la Cour supérieure³, mais sans succès. Scotia en appelle de ce jugement, mais également en vain, la Cour d'appel⁴ rejetant l'appel bien que la Banque ait retiré sa contestation avant l'audition. La Cour suprême rejette également le pourvoi bien qu'il n'y ait toujours pas eu de contestation de la part de la Banque⁵.

La Cour rappelle que l'insaisissabilité se veut exceptionnelle et que c'est seulement si un REÉR remplit les règles applicables aux polices d'assurance

¹ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, [2004] 1 R.C.S. 758 (ci-après « *Thibault* »).

² Les motifs de la Cour ont été rendus par la juge Deschamps.

³ J.E. 99-2329 (C.S.).

⁴ [2001] R.J.Q. 2099 (C.A.). Les motifs ont été rendus par les juges Chamberland et Fish, le juge Rothman étant dissident.

⁵ Un *amicus curiae* a été désigné par la Cour suprême.

vie et aux rentes qu'il pourra être déclaré insaisissable. La Cour a également examiné s'il y avait eu constitution d'une fiducie faisant en sorte que M. Thibault aurait aliéné son capital en faveur d'un patrimoine d'affectation, rendant ainsi insaisissables les fonds versés dans ce patrimoine.

1.1. LE RÉGIME N'EST PAS UN CONTRAT DE RENTE

Pour être en présence d'un contrat de rente⁶, il faut :

- 1) un crédientier;
- 2) un débirentier;
- 3) une aliénation du capital;
- 4) une obligation de payer;
- 5) une périodicité de paiements.

Dans le présent cas, la Cour s'est principalement attardée à examiner si le Régime prévoyait une aliénation du capital de M. Thibault au bénéfice de la Société de Fiducie. Après analyse des conditions du Régime, la Cour constate que :

- ce n'est qu'à l'échéance du Régime qu'il y a liquidation de l'actif en vue de constituer une rente;
- avant l'échéance du Régime, M. Thibault conserve le contrôle de ses placements;

⁶ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 2367, qui se lit comme suit :

« Le contrat constitutif de rente est celui par lequel une personne, le débirentier, gratuitement ou moyennant l'aliénation à son profit d'un capital, s'oblige à servir périodiquement et pendant un certain temps des redevances à une autre personne, le crédientier.

Le capital peut être constitué d'un bien immeuble ou meuble; s'il s'agit d'une somme d'argent, il peut être payé au comptant ou par versements. »

- M. Thibault peut retirer en tout ou en partie ses placements sans que ses retraits n'aient de conséquence sur la survie du Régime;
- il n'y a aucune clause indiquant que M. Thibault abandonne la propriété de son actif au profit de la Société de Fiducie.

De cette analyse, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu aliénation du capital :

« J'en conclus qu'avant la date d'échéance du Régime, période qui nous intéresse ici, le Régime ne prévoit pas la constitution d'une rente. Cette conclusion est fondée sur trois composantes. D'abord, un contrat qui réserve à l'épargnant la propriété et le contrôle de son capital ne correspond pas aux objectifs historiques de l'insaisissabilité des polices d'assurance et des rentes. La famille ne bénéficie en rien de l'actif qui est laissé à l'entière disposition de M. Thibault. Ensuite, la formulation des dispositions concernant les rentes ne permet pas de conclure à une modification du droit prévalant en vertu du *Code civil du Bas Canada*. Enfin, l'analyse de l'ensemble des droits des parties au Régime, depuis la remise des fonds à Scotia jusqu'à leur liquidation, révèle une absence d'aliénation des fonds. Cette absence d'aliénation, jointe à la maîtrise réservée au propriétaire, fait voir que la relation ainsi rétablie est étrangère à celle protégée par le législateur⁷. »

Pour cette seule raison, la Cour est d'avis que le Régime ne peut être qualifié de contrat de rente. L'actif de M. Thibault est donc saisissable. En *obiter*, la Cour s'interroge, sans toutefois répondre, si le Régime remplissait les autres conditions nécessaires à la constitution d'une rente :

« Ainsi, il n'est pas clair qu'aux termes du Régime, la Fiducie puisse être qualifiée de débirentier ou qu'elle se soit obligée à payer des redevances. Même si la réponse est affirmative, il n'est pas acquis que le montant auquel se serait engagée la Fiducie soit déterminable. De plus, pour bénéficier de la protection, et ainsi pouvoir faire annuler la saisie, encore faudrait-il que le crédientier ait été désigné conformément aux règles du contrat d'assurance relatives aux bénéficiaires et aux titulaires subrogés (art. 2379, al. 2 C.c.Q.). Ici, M. Thibault est désigné comme crédientier. Il n'est pas l'une des personnes visées à l'art. 2457 C.c.Q. La désignation d'un "bénéficiaire", partie étrangère au contrat de rente, peut-elle valoir comme désignation d'un titulaire subrogé et déclencher le mécanisme de protection? S'agit-il d'une exception aux règles régissant les donations à cause de mort (art. 1819 C.c.Q.)? Ces arguments n'ont pas été abordés, mais il faudrait en discuter avant de conclure à l'annulation de la saisie⁸. »

⁷ *Thibault*, précité, note 1, par. 26.

⁸ *Id.*, par. 28.

1.2. LE RÉGIME N'EST PAS UNE FIDUCIE

La Cour conclut également que le Régime ne remplit pas les conditions nécessaires à la constitution d'une fiducie⁹.

Tout d'abord, elle est d'avis qu'il n'y a pas eu transfert de biens à un patrimoine d'affectation. En effet, comme le Régime prévoit que M. Thibault peut retirer en tout temps la totalité ou une partie de ses placements, on doit conclure qu'il ne s'est pas dessaisi de son actif en faveur d'un patrimoine d'affectation.

Ensuite, il faut que le fiduciaire affecte les biens à une fin particulière. Comme ce n'est qu'à l'échéance du Régime qu'il y a liquidation de l'actif en vue de constituer une rente, la Cour conclut que cette condition n'est pas remplie pendant le Régime.

Enfin, le fiduciaire doit accepter de détenir et d'administrer les biens. Le constituant perd donc le contrôle et la maîtrise de ses biens. Or, le Régime prévoit plutôt que c'est M. Thibault qui décide de ses placements et Scotia se doit de suivre ses directives. La Cour s'exprime ainsi sur cette question :

« En somme, aux termes du Régime, les droits et responsabilités du fiduciaire et du propriétaire-rentier sont inversés par rapport à ceux prévus au C.c.Q. pour le fiduciaire et le constituant. Le détenteur de l'actif du Régime n'a pas de fiduciaire que le nom¹⁰. »

Le Régime ne pouvant être qualifié de fiducie était donc saisissable. Même si le Régime avait été qualifié de fiducie, il n'est pas dit toutefois que les sommes auraient été automatiquement insaisissables¹¹.

1.3. LA FACULTÉ DE RETRAIT DU CAPITAL

Comme nous l'avons vu précédemment, cette faculté de retrait total ou partiel du capital a été l'un des principaux éléments qui a amené la Cour à conclure qu'il n'y avait pas eu aliénation du capital. Or, le 19 décembre

⁹ Art. 1260 C.c.Q. : « La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer. »

¹⁰ *Thibault*, précité, note 1, par. 38.

¹¹ *Id.*, par. 40.

2002, le législateur québécois avait modifié la *Loi sur les assurances*¹² afin de déclarer que cette faculté de retrait ne modifiait pas la nature d'un contrat de rente. L'article 187 de la *Loi modifiant la Loi sur les assurances et autres dispositions législatives*¹³ se lit comme suit :

« 187. Une faculté de retrait total ou partiel du capital stipulée dans un contrat constitutif de rente n'empêche pas celui-ci d'être considéré comme un contrat de rente au sens de l'article 2367 du Code civil dans la mesure où la rente est constituée auprès d'une société de fiducie conformément à l'article 278 de la Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne (L.R.Q., chapitre S-29.01) ou auprès d'un assureur.

Cet article est déclaratoire, mais il ne porte pas atteinte aux droits des parties dans les causes pendantes devant les tribunaux le 16 décembre 2002. Cependant, les assureurs et les sociétés de fiducie qui ont conclu un contrat de rente comportant une faculté de retrait total ou partiel du capital doivent indemniser le contractant, ou selon le cas, le créancier, le titulaire ou le bénéficiaire de ce contrat, sur demande, pour toute saisie dans une instance commencée ou terminée avant la date ci-dessus mentionnée et effectuée sur le capital constitutif de la rente, jusqu'à concurrence des sommes saisies. »

Comme l'indique le texte, cet article est déclaratoire de droit. Après analyse, la Cour en conclut qu'un REÉR peut être un contrat de rente tout en prévoyant une faculté de retrait total ou partiel de l'actif. On pourrait penser qu'il y a là contradiction et que les deux concepts s'opposent, c'est-à-dire qu'on ne peut aliéner un capital tout en conservant la faculté de le retirer. Selon la Cour, tel n'est pas le cas dans la mesure où le retrait entraîne une réduction des obligations du débirentier. Les passages suivants du jugement méritent d'être repris au long :

« Par l'article 187, le législateur a donc précisé le droit : une faculté de retrait total ou partiel n'empêche pas un contrat de rente d'être considéré comme tel. La faculté de retrait total avait déjà fait l'objet d'un prononcé judiciaire. En effet, l'arrêt *Coopérants*, précité, avait déjà décidé qu'une faculté de rachat, dans le contexte de la cessation du contrat, ne changeait pas la nature du contrat de rente. Il s'agissait là d'une application de la règle régissant le contrat d'assurance-vie, pour lequel l'existence d'une faculté de rachat ne modifie pas la nature du contrat. En assurance-vie, il est admis que l'assuré peut, lorsque le contrat contient une stipulation à cet effet, mettre un terme au contrat en exerçant son droit à la valeur de rachat. Par la prise d'effet du rachat, il y a extinction des obligations de l'assureur (Lluelles, *op. cit.*, p. 407-408). Ce que la déclaration législative précise, c'est qu'une faculté de retrait partiel n'empêche pas non plus que le contrat se qualifie comme rente. Pour demeurer cohérent

¹² L.R.Q., c. A-32.

¹³ L.Q. 2002, c. 70.

avec l'état du droit et conserver la nature déclaratoire de la loi, il faut cependant situer le retrait partiel dans un contexte de modification des bénéfices. En assurance-vie, l'assuré peut aussi, lorsqu'il existe une stipulation à cet effet, obtenir une avance sur sa police, ce qui entraîne une réduction des obligations de l'assureur (Lluelles, *op. cit.* p. 413). La déclaration législative dissipe donc toute ambiguïté pour les retraits partiels en énonçant que les rentes bénéficient de la même flexibilité que celle autorisée pour les contrats d'assurance vie.

La modification ne change pas la règle imposant l'aliénation du capital, élément central du contrat de rente qui fait défaut en l'espèce. La déclaration du législateur ne permet donc pas de modifier la conclusion de l'analyse déjà faite. Dans le cas des assurances, le capital demeure acquis à l'assureur, sous réserve de la cessation du contrat ou de la réduction des obligations de l'assureur. La même règle prévaut pour le contrat de rente¹⁴. » (Notre soulignement)

En bref, que l'on parle de rachat ou de retrait et que celui-ci soit partiel ou total, cela ne modifie pas la nature d'un contrat de rente. La Cour suprême précise que le contrat en demeure un de rente dans la mesure où le retrait entraîne une réduction des obligations du débirentier. À notre connaissance, c'est la première fois qu'un tribunal au Québec reconnaît qu'il y a eu aliénation du capital bien que le créancier ait eu la faculté d'effectuer des retraits partiels de ce capital. Désormais, la simple faculté de racheter une partie du capital ne saurait justifier la conclusion qu'un REÉR ne constitue pas un contrat de rente. Les tribunaux devront examiner les autres composantes du régime.

En terminant, Scotia plaideait que les employés bénéficiant d'un régime de retraite se trouvaient avantagés par rapport aux travailleurs autonomes. En effet, les régimes de retraite visés par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*¹⁵ et d'autres lois connexes¹⁶ jouissent d'une protection contre les saisies. Après analyse, la Cour souligne que les employés profitant d'un tel régime de retraite perdent également le contrôle de leur actif, ce dernier demeurant immobilisé durant la période où l'employé participe au régime. Ces employés ne peuvent décider des placements ni les retirer. Pour bénéficier de la même protection, la Cour rappelle que les travailleurs autonomes doivent également aliéner leur actif, comme c'est le cas pour un contrat de rente ou une police d'assurance vie. Ce n'est qu'à ces conditions qu'il pourra y avoir insaisissabilité.

¹⁴ Thibault, précité, note 1, par. 45 et 46.

¹⁵ L.R.Q., c. R-15.1.

¹⁶ *Loi sur le régime de retraite des enseignants*, L.R.Q., c. R-11; *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.Q., c. R-12.

2. L'IMPACT DE CE JUGEMENT SUR LES CONTRATS ÉMIS PAR DES ASSUREURS

Comme le mentionnait la juge Deschamps dans l'affaire *Thibault*, les REÉR ne sont pas semblables et chacun doit faire l'objet d'une analyse afin de déterminer la nature réelle du véhicule juridique utilisé. Ainsi, il serait inexact de prétendre que l'affaire *Thibault* constitue un précédent pour tous les REÉR. Chaque contrat doit être examiné à la lumière des critères établis par la Cour suprême.

En analysant les récentes décisions qui ont traité de la saisissabilité de REÉR mis sur pied par des institutions financières, nous constatons que les tribunaux ont conclu à l'absence d'aliénation du capital principalement en raison du fait que le client avait la faculté de retirer une partie ou la totalité de son actif. L'affaire *Thibault* ne serait donc que l'aboutissement de cette tendance jurisprudentielle¹⁷.

Les produits mis sur pied par des assureurs doivent-ils suivre cette tendance? Peu de jugements ont été rendus à ce jour sur ce type de produits.

Il y a bien sûr l'affaire *Jobin, Blais, Fortier, Touche & Ross ltée c. Monarch Life Assurance Co.*¹⁸, où la Cour d'appel a déclaré insaisissable un REÉR au motif qu'il s'agissait d'un contrat de rente viagère bénéficiant des règles d'insaisissabilité du chapitre des assurances. Le contrat ne prévoyait aucun droit de rachat et un bénéficiaire avait été désigné pour recueillir le surplus en cas de décès du crédirentier. La Cour d'appel constate que le législateur, par l'adoption de l'article 2473 du *Code civil du Bas-Canada* (maintenant l'article 2393 C.c.Q.), a assimilé les contrats de rente aux contrats d'assurance et a prononcé, en l'espèce, que le REÉR était

¹⁷ Voir en ce sens *Serge Morency et Associés inc. c. Poulin*, [1997] R.J.Q. 2421 (C.A.); confirmé par [1999] 3 R.C.S. 351; *Croft (Syndic de)*, [1998] R.J.Q. 1917 (C.S.); désistement d'appel (C.A., 9 mars 1999), C.A. Québec, n° 200-09-002101-985 et C.A. Québec, n° 200-09-002102-983; *Lacroix (Syndic de)*, [2001] R.J.Q. 400 (C.S.); règlement hors cour (C.A., 17 avril 2003), C.A. Québec, n° 200-09-003437-016, C.A. Québec, n° 200-09-003438-014 et C.A. Québec, n° 200-09-003440-010. Soulignons que dans la décision *Re Bagnoud Pierre Roy & Associés inc. et Les Services Investors Ltd.*, [2002] R.J.Q. 2055 (C.S.) (ci-après « *Bagnoud* ») (Inscription en appel 12 juillet 2002, C.A. Montréal, n° 500-09-012488-029), la Cour a conclu à l'insaisissabilité du REÉR puisque la crédirentière ne pouvait retirer une partie ou la totalité de son actif que dans certaines circonstances hors de son contrôle.

¹⁸ [1986] R.J.Q. 1755 (C.A.) (ci-après « *Monarch Life Assurance* »).

insaisissable¹⁹. La Cour suprême, dans l'affaire *Thibault*, fait référence à cette décision sans remettre en cause son bien-fondé.

Il y a également le jugement de la Cour d'appel dans *Re Les Coopérants; Firstcliff Development Inc. et Raymond Chabot Fafard Gagnon inc.*²⁰, où on a conclu que la faculté de retrait du capital ne touchait pas à la nature du contrat de rente. La Cour avait constaté dans cette affaire qu'il y avait eu résiliation du contrat par le rachat complet de la rente. En bref, aucune disposition n'empêchait les parties de consentir mutuellement à la résiliation du contrat. C'est d'ailleurs en s'appuyant sur ce jugement que la Cour suprême confirmait, dans l'affaire *Thibault*, que la faculté de retirer une partie du capital ne s'opposait pas à la notion d'aliénation de ce capital.

Il y a eu ensuite l'affaire *Re Bélanger*²¹, où la Cour supérieure a déclaré saisissable un REÉR au motif qu'il n'y avait pas eu aliénation du capital. La Cour supérieure a constaté que la faculté de rachat du capital n'entraînait pas la résiliation du régime. Ce jugement est donc en accord avec les enseignements de la Cour suprême et on peut penser que le passage suivant aurait reçu approbation :

« Cette faculté de retrait sans résiliation s'oppose à la notion d'aliénation du capital et empêche de considérer le régime du débiteur comme un contrat constitutif de rente au sens de l'article 2367 C.c.Q. Par conséquent, le REÉR du débiteur ne peut être assimilé à l'assurance sur la vie (art. 2393 C.c.Q.) et bénéficier de l'insaisissabilité prévue à l'article 2457 C.c.Q.²² » (Notre soulignement)

Plus récemment, la Cour supérieure a eu l'occasion de confirmer la non-saisissabilité d'un REÉR dans l'affaire *Marché Bernard Lemay inc. c. Beljaars*²³. Tout comme dans la décision *Bagnoud*, le crédientier ne pouvait reprendre son capital, en partie ou en totalité, sauf dans certains cas d'exception qui étaient hors de son contrôle. La Cour a donc conclu qu'il y avait eu aliénation du capital, de sorte que le REÉR remplissait les conditions de contrat de rente et par conséquent était insaisissable.

¹⁹ Voir dans le même sens *Loyola Schmidt ltée c. Crevier et autres*, J.E. 93-597 (C.Q.).

²⁰ [1994] R.L. 268 (C.A.) (ci-après « *Les Coopérants* »). Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S.C., 10 février 1994) 23851.

²¹ [2002] R.J.Q. 2878 (C.S.); confirmé par J.E. 2004-114 (C.A.).

²² *Id.*, 2881.

²³ [2003] R.J.Q. 1557 (C.S.).

On constate que les notions d'aliénation du capital et du retrait ont été les principaux éléments d'analyse de ces jugements. L'affaire *Thibault* va évidemment jeter un nouvel éclairage sur ces notions. Compte tenu que ce jugement traitait d'un produit mis sur pied par une société de fiducie, les assureurs voudront sûrement se distinguer en plaissant les particularités qui sont propres aux règles de l'assurance. Voici quelques arguments que les assureurs sont susceptibles de soumettre en vue de faire qualifier leurs produits REÉR comme des contrats de rente²⁴. Nous les présentons selon les cinq conditions nécessaires à la constitution d'un contrat de rente.

1) Débirentier

Évidemment, il s'agit de l'assureur. Cette condition ne pose pas de difficulté dans la mesure où l'assureur s'engage à payer des redevances.

2) Crédirentier

La Cour suprême, dans l'affaire *Thibault*, a soulevé, en *obiter*, que M. Thibault n'est pas l'une des personnes visées à l'article 2457 C.c.Q. et s'interroge quant au fait que le bénéficiaire, partie étrangère au contrat de rente, puisse déclencher le mécanisme de protection. La Cour s'interroge même à savoir s'il s'agirait là d'une exception aux règles régissant les donations à cause de mort (art. 1819 C.c.Q.)²⁵. La juge Deschamps indique toutefois que ces arguments n'ont pas été abordés et elle n'en fait pas une analyse plus poussée.

Sur cette question, nous partageons les commentaires de M^e Élyse Lemay qui soulignait qu'il s'agissait en fait d'une stipulation pour autrui ou donation indirecte puisque c'est l'assureur qui est débiteur de la somme assurée et non la succession du titulaire :

« Les seules façons de disposer de ses biens à titre gratuit sont le don ou le testament. Les dons en vigueur au décès du donataire (donation à cause de mort) ne peuvent être faits que par contrat de mariage ou par testament sous peine de nullité.

Il existe cependant une autre avenue menant à un résultat similaire dans le cas de l'assurance vie, et c'est la possibilité de nommer un bénéficiaire qui récoltera

²⁴ Nous renvoyons le lecteur à l'article de Élyse LEMAY, « Aspects légaux des contrats de REÉR chez les assureurs vie », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 45:1-30.

²⁵ *Thibault*, précité, note 1, par. 28.

la somme assurée, au décès de l'assuré ou du rentier, dans le cas de la rente. La désignation de bénéficiaire représente une forme de stipulation pour autrui ou de donation indirecte, car c'est l'assureur vie qui est débiteur de la somme assurée au bénéficiaire et non la succession du titulaire. Le bénéficiaire est donc créancier de l'assureur²⁶. »

De plus, l'article 2372 C.c.Q. précise que la rente peut être établie selon la durée de vie d'une personne qui ne sera pas nécessairement le titulaire du contrat ni le crédirentier (c'est-à-dire celui qui reçoit les redevances de la rente). Advenant le décès du crédirentier avant la vie assurée, à qui le débirentier devra-t-il payer la rente? L'article 2379 C.c.Q. permet la désignation d'un autre crédirentier conformément aux règles du contrat d'assurance relatives aux bénéficiaires et aux titulaires subrogés. Dans ce contexte, la désignation d'un bénéficiaire au contrat de rente qui reçoit les sommes accumulées en cas de décès de la vie assurée avant ou après le service de la rente, si le contrat comporte une période garantie, devrait déclencher le mécanisme de protection dans la mesure où s'il s'agit d'un bénéficiaire irrévocable ou privilégié désigné conformément à l'article 2457 ou 2458 C.c.Q., c'est-à-dire l'époux, l'ascendant, le descendant ou tout bénéficiaire irrévocable (ci-après « **bénéficiaire privilégié** »).

Au surplus, compte tenu que les contrats de rente doivent être assimilés à l'assurance sur la vie, les enseignements de la Cour suprême dans l'affaire *Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)*²⁷ devraient recevoir application. Dans cette décision, la Cour suprême précise qu'il faut examiner la relation entre le **titulaire** et le **bénéficiaire** pour déterminer la nature de la désignation du bénéficiaire. Le juge Gonthier s'exprime comme suit :

« Le législateur québécois continue de définir la catégorie des polices d'assurance-vie familiale insaisissables en fonction de la relation du bénéficiaire avec le preneur et non pas en fonction de sa relation avec l'assuré²⁸. »

Dans la mesure où le titulaire d'une rente désigne un bénéficiaire privilégié, nous ne voyons pas pourquoi la protection de l'article 2457 ou 2458 C.c.Q. ne devrait pas s'appliquer en faisant les adaptations nécessaires.

D'ailleurs, l'intention du législateur serait respectée puisque ces articles ont pour but de protéger les membres de la famille et les bénéficiaires à titre

²⁶ É. LEMAY, *loc. cit.*, note 24, 45:16.

²⁷ [1999] 3 R.C.S. 375.

²⁸ *Id.*, 406.

irrévocable²⁹. Au surplus, aucun des jugements précités ne traite d'une difficulté liée au fait que le titulaire du contrat puisse désigner un bénéficiaire étranger au contrat de rente, et ce, bien qu'on ait conclu être en présence d'un contrat de rente³⁰.

Enfin, la juge Deschamps mentionne dans l'affaire *Thibault* que les règles applicables aux REÉR permettent aux travailleurs autonomes de bénéficier de la protection de l'insaisissabilité tout comme les participants aux régimes de retraite dans la mesure où ils souscrivent une police d'assurance ou une rente :

« Les règles initiales d'investissement des REER autorisaient et autorisent toujours l'utilisation des fonds pour l'achat d'une police d'assurance ou d'une rente et permettent en conséquence à un épargnant de se ménager une certaine protection contre les saisies. Ainsi, les travailleurs autonomes peuvent bénéficier de la protection de l'insaisissabilité et ne subissent pas de discrimination par rapport aux employés ayant accès aux régimes de pension couverts par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*³¹. »

Or, le crédientier est toujours, dans le cas des REÉR, le constituant à l'exception, peut-être, du REÉR de conjoint. Si c'était le crédientier qui devait faire partie de la catégorie des bénéficiaires privilégiés, il reviendrait à dire, dans le cas des REÉR, que le contrat ne profiterait presque jamais du bénéfice de l'insaisissabilité. Cela ne nous apparaît pas être en accord avec la proposition de la juge Deschamps que nous venons de citer.

3) Aliénation du capital

Contrairement à une société de fiducie, les assureurs deviennent propriétaires de la prime reçue de leurs assurés. Il en va de même des placements qui sont faits dans le cadre d'un contrat de rente. Les sommes perçues sont investies dans les fonds généraux de l'assureur ou sont maintenues dans des fonds distincts. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit

²⁹ *Id.*, 404.

³⁰ *Monarch Life Assurance*, précité, note 18; *Les Coopérants*, précité, note 20; *Bagnoud*, précité, note 17; É. LEMAY, *loc. cit.*, note 24. Également dans le même sens, voir Luc PLAMONDON, « Qui doit être titulaire et bénéficiaire des assurances sur la vie, des rentes et des REÉR? », (1986), vol. 8, n° 1 *Revue de planification fiscale et successorale* 53-110, p. 92.

³¹ *Thibault*, précité, note 1, par. 54.

d'éléments d'actif qui appartiennent aux assureurs³² et qui sont investis en leur nom.

En conséquence, le titulaire d'un contrat de rente perd la propriété des sommes investies. Il est raisonnable de considérer que le crédientier et le bénéficiaire ne possèdent désormais qu'un droit de créance. C'est à cette conclusion qu'arrive la Cour d'appel dans l'affaire *Les Coopérants* :

« Dans les contrats sous étude, il y a aliénation du capital par le crédientier en faveur de la débitrice. Les cotisations ou primes qui ont été payées périodiquement à la société débitrice ont été placées dans des fonds généraux. Elles ont été alors confondues avec les actifs de la société. Le crédientier n'a plus de droit sur ces sommes. Il n'a qu'un droit de créance envers le patrimoine de la débitrice³³. »

Même si les fonds distincts ne sont pas confondus avec les fonds généraux de l'assureur, le même raisonnement devrait s'appliquer.

Comme nous l'avons vu précédemment, le fait que le titulaire se voie accorder des droits de rachat (retrait) partiel ou total ne change pas le fait qu'il aurait aliéné son actif dans le mesure où il y a une réduction des obligations du débirentier. Bien que le jugement de la Cour suprême n'ait pas précisé ce qu'on entendait par modification des obligations, on doit néanmoins comprendre qu'en présence d'un retrait d'une partie du capital, le montant de la rente qui sera en service sera nécessairement réduit en conséquence.

Par ailleurs, les contrats de rente individuelle à capital variable (fonds distincts) des assureurs comportent un volet d'assurance vie garantissant au moins 75 % des primes placées au décès et à l'échéance selon les termes du contrat. On pourrait voir dans ces contrats un risque qui est assumé par l'assureur et qui fait généralement l'objet de réserves, ce qui en ferait également un contrat d'assurance vie. La protection contre les saisies devrait donc s'appliquer dans ces circonstances.

Reste que les contrats de rente des assureurs accordent généralement une certaine discrétion au titulaire quant au placement des primes dans le contrat de rente. Il faut cependant souligner que le titulaire va choisir des fonds

³² *Loi sur les sociétés d'assurances*, L.R.C. (1991), c. 47, art. 450. Voir également l'article 280 de la *Loi sur les assurances*.

³³ *Les Coopérants*, précité, note 20, 298.

garantis ou des fonds distincts mis sur pied par l'assureur, mais à l'intérieur desquels le titulaire n'a aucun droit de regard. Parfois, l'assureur confie la gestion de certains fonds à des gestionnaires externes, mais la décision ultime sur la composition des fonds offerts en vertu du contrat de rente revient à l'assureur. Par ailleurs, en cas de doute, les tribunaux ne devraient-ils pas respecter l'intention du législateur d'étendre aux rentes la pratique des assureurs, comme l'a souligné la Cour d'appel :

« Par cette fiction légale, le législateur québécois a étendu la portée de l'assurance-vie aux rentes pratiquées par les assureurs. Il ne pouvait ignorer alors l'évolution constante des diverses formes de rentes offertes par les assureurs-vie et plus particulièrement l'usage de ces contrats pour les régimes enregistrés d'épargne-retraite et les régimes collectifs de retraite. En utilisant la technique du renvoi à la pratique des assureurs, le législateur a ouvert la voie à une interprétation évolutive et dynamique de cette pratique que les tribunaux doivent respecter³⁴. »

4) Une obligation de payer

Cette condition ne devrait également pas poser de difficulté puisque les contrats prévoient une obligation de l'assureur de payer des redevances à un moment déterminé au contrat.

5) Une périodicité de paiement

Dans l'examen des contrats de rente des assureurs, il faut également éviter de rechercher une rente dûment quantifiée. Il suffit que cette rente soit déterminable. Cela ne veut pas dire qu'elle ait été déterminée.

La Cour d'appel, dans l'affaire *Les Coopérants*, a bien précisé que les modalités de paiement de la rente n'avaient pas à être déterminées au moment de la constitution de la rente. Cela pouvait attendre au moment où la rente serait mise en service :

« Dans plusieurs contrats, il n'est pas possible de déterminer, au moment de la signature du contrat, le montant en capital qui sera disponible dans le futur pour servir la rente. La prestation variera en fonction du rendement obtenu par l'assureur pendant la période d'accumulation. L'absence de quotité, par ailleurs déterminable à tout moment par des actuaires de la débitrice, en fonction de calculs ou de tables de mortalité bien établis, n'empêche pas la création d'une obligation valide.

³⁴ *Id.*, 283.

Le report du choix des modalités de paiement de la rente à la fin de la période d'accumulation et la pratique de la débitrice d'émettre, au moment de la mise en service de la rente, un nouveau certificat accessoire au contrat et décrivant les modalités de paiement à la rente ne sauraient non plus modifier la nature du contrat de rente ni opérer novation. Le droit d'acheter une rente au terme de la période d'accumulation découle essentiellement de la relation juridique entre la société débitrice et le détenteur du contrat de rente et n'opère aucun changement de l'objet ou de la cause du contrat³⁵. »

Cette condition devrait normalement être remplie par les contrats des assureurs.

CONCLUSION

Le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Thibault* a apporté plusieurs éléments de réponse quant à la saisissabilité des REÉR autogérés souscrits auprès d'une société de fiducie. Par contre, ce jugement crée une incertitude importante quant à l'avenir pour les consommateurs qui ont souscrit des REÉR auprès d'autres institutions financières. Par exemple, certaines institutions financières font déjà face à un recours collectif³⁶ et il faut s'attendre à ce que les tribunaux considèrent que le jugement de la Cour suprême constitue un précédent³⁷ à leur égard. Pour leur part, les assureurs voudront sûrement distinguer leurs produits de ceux des autres institutions financières et plaider que leurs contrats sont de véritables contrats de rente. Bref, une panoplie de litiges se dessine à l'horizon et l'issue de ces litiges aura des conséquences importantes pour un nombre inestimable de consommateurs. Par exemple, si un contrat de REÉR souscrit auprès d'un assureur n'est pas un véritable contrat de rente, on peut imaginer que cela entraînera des difficultés dans les règlements de successions puisque la désignation de bénéficiaire pourrait être contestée par les héritiers légaux ou testamentaires au motif qu'il s'agit en fait d'une désignation irrégulière³⁸. De plus, si ces contrats ne sont ni des contrats de rente ni des contrats d'assurance, que sont-ils? Une histoire à suivre.

³⁵ *Id.*, 297.

³⁶ *Richer c. Banque Nationale du Canada et autres*, C.S. Montréal, n° 500-06-000239-042.

³⁷ Une décision récente de la Cour supérieure a cité de très longs extraits de l'affaire *Thibault* pour conclure à la saisissabilité d'un produit de REÉR offert par une société de fiducie : *Legault et autres c. Bernard Chabot inc. et autres*, J.E. 2004-1555 (C.S.).

³⁸ Roger P. SIMARD, « Mise à jour sur l'insaisissabilité des REÉR », (2002), vol. 23, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 325-360, p. 350.

TENDANCES DANS L'INDUSTRIE DE L'ASSURANCE VIE ET RÉPERCUSSIONS SUR LES PRODUITS



Jean-François Leroux
FSA, FICA, MBA
Financière Manuvie

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	43:3
1. CONSOLIDATION DE L'INDUSTRIE DE L'ASSURANCE VIE	43:3
1.1. CAUSES ET CONSÉQUENCES DES FUSIONS ET ACQUISITIONS.....	43:4
1.2. EFFETS DE LA CONSOLIDATION DANS L'INDUSTRIE DE LA RÉASSURANCE	43:6
2. RÉPERCUSSIONS SUR LES PRODUITS D'ASSURANCE VIE.....	43:9
2.1. TAUX D'INTÉRÊT	43:10
2.2. TAUX DE DÉCHÉANCE.....	43:13
CONCLUSION	43:16

INTRODUCTION

L'industrie de l'assurance vie a depuis longtemps été considérée comme un des piliers de l'économie. Au cours des dernières années, elle a vécu une phase un peu plus tumultueuse. Les joueurs sont maintenant moins nombreux et de taille plus importante qu'auparavant. La volatilité des marchés a pu causer des surprises à certains titulaires de contrats vie universelle qui n'avaient pas pris connaissance du mode de fonctionnement de leur contrat. À l'instar des taux d'intérêt, d'autres tendances dans les variables qui sous-tendent la tarification des produits ont aussi eu des effets sur les prix.

Dans cet exposé, nous analyserons dans un premier temps le phénomène de consolidation qui s'est intensifié au cours des 15 ou 20 dernières années, tant dans le monde de l'assurance que dans celui de la réassurance. Nous étudierons par la suite comment les tendances de divers facteurs affectent le fonctionnement des produits et comment elles interagissent dans la fixation des prix de ceux-ci.

1. CONSOLIDATION DE L'INDUSTRIE DE L'ASSURANCE VIE

La démographie changeante et les avancées technologiques ont certainement modifié l'environnement traditionnel dans lequel œuvrent les sociétés d'assurance vie. Dans un monde où la mondialisation entraîne une concurrence féroce, les sociétés se doivent d'offrir des produits de qualité aux consommateurs et ce au meilleur prix possible. Ces facteurs ont contribué à la consolidation qu'on connaît aujourd'hui.

Comme on l'a observé dans d'autres industries, le phénomène de consolidation en assurance vie s'est intensifié au cours des 15 dernières années. Des 163 sociétés d'assurance vie et santé actives en 1990, il n'en reste qu'un peu plus d'une centaine. Il en résulte une plus grande concentration des affaires parmi les grandes sociétés. Ainsi, les cinq plus importantes sociétés d'assurance vie détiennent une part de marché de près de 75 %¹ comparativement à 48 % en 1994². Le tableau 1 ci-dessous donne

¹ Mesurée en primes selon des données de 2002, en regroupant La Financière Manuvie et La Maritime; Claude BRETON, « L'industrie de l'assurance de personnes est aussi concentrée que l'industrie bancaire! », (octobre 2003) *Journal de l'Assurance* 48.

² Extrait tiré du site Internet du ministère des Finances du Canada : L'industrie canadienne des assureurs de personnes, (en ligne)
http://www.fin.gc.ca/toctf/2001/health_f.html.

un bref aperçu des principales acquisitions ou fusions survenues au cours des dernières années au Canada.

Tableau 1 : Fusions et acquisitions récentes

Années	Sociétés
2004	La Maritime (John Hancock) / Financière Manuvie
2003	Canada Vie / Great West
2002	Clarica / Sun Life CNA / Canada Vie Concordia / Empire L'Impériale / Desjardins-Laurentienne Zurich / Financière Manuvie
2001	Royale Sun Alliance / La Maritime Norwich Union / AIG Canada Union Commerciale / Financière Manuvie
2000	Aetna / La Maritime NN / Transamérica North West / Seaboard (IA Pacific) Westbury / RBC
1999	Crown / Canada Vie

1.1. CAUSES ET CONSÉQUENCES DES FUSIONS ET ACQUISITIONS

Qu'est-ce qui pousse les sociétés à fusionner? Parmi les objectifs poursuivis, on note³ :

- Économies d'échelle : l'argument des synergies potentielles est certes celui qui est le plus fréquemment avancé. En combinant deux sociétés, on arrive à englober certaines fonctions corporatives ou administratives dans la nouvelle entité avec des effectifs moindres que la somme des effectifs des deux sociétés. On optimise également les systèmes informatiques, la distribution, la gestion d'actifs, la recherche et l'innovation. Il existe une autre raison propre aux sociétés d'assurance. Elle repose sur la loi des grands nombres qui veut que plus un portefeuille regroupe des risques similaires, plus sa sinistralité sera régulière et prévisible. Ceci nécessite une moins grande provision pour écarts défavorables, d'où une réduction des charges financières.

³ SWISS RE, « Assurance vie : la vague des fusions va-t-elle déferler de plus belle? », (1999), vol. 6 *Sigma* 8-11.

- Économies d'envergure : une plus grande taille peut permettre la pénétration de marchés étrangers, l'exploitation d'autres canaux de distribution, la souscription de risques plus complexes et l'ajout de nouveaux produits à la gamme existante.
- Accès aux capitaux et à un personnel compétent : si les objectifs sont atteints, il devrait en résulter un gain pour les actionnaires sous la forme d'un rendement sur l'avoir accru. En diversifiant son risque ou en le répartissant sur un plus grand nombre de branches d'affaires, le nouveau groupe peut réduire la volatilité de son résultat d'exploitation. Du fait de sa taille, il peut également espérer lever des fonds et des capitaux à moindre coût, investir ou désinvestir plus facilement, attirer des clients qui cherchent une société solide et attirer un personnel compétent.

De façon pratique, quelles sont les conséquences de ces fusions et acquisitions pour les consommateurs? D'abord, nous constatons que malgré tout, le marché canadien n'en demeure pas moins concurrentiel. Il faut savoir que le Bureau de la concurrence est tenu par la loi d'examiner tous les projets de fusion pour déterminer s'ils risquent de diminuer la concurrence de façon importante⁴. Dans un mémoire présenté au Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien, l'Association canadienne des compagnies d'assurance de personnes indiquait que « La vive concurrence qui s'exerce dans l'industrie, à laquelle s'ajoutent des facteurs tels que des changements dans la combinaison de produits, a contribué à la baisse du coût de l'assurance vie pour les consommateurs; les sommes assurées ont quant à elles augmenté »⁵. Ainsi, par rapport à leur revenu disponible, les Canadiens paient aujourd'hui des primes d'assurance vie moins élevées qu'il y a 30 ans. Par exemple, en 1970, le rapport primes-revenu disponible était de 2,61 %. En 2002, il était de 1,72 %. Dans le même intervalle, le revenu moyen a plus que quintuplé et le capital-assuré moyen d'un contrat d'assurance vie a plus que décuplé.

⁴ Extrait tiré du site Internet du Bureau de la concurrence : Évaluation de l'incidence d'une intégration au sein de l'industrie des compagnies d'assurance vie, (en ligne), <http://competition.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct01276f.html>.

⁵ L'ASSOCIATION CANADIENNE DES COMPAGNIES D'ASSURANCE DE PERSONNES, *Mémoire présenté au Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien*, « L'industrie des assurances de personnes du Canada – Rôle dans l'économie et la société », octobre 1997, p. 7.

Toutefois, l'acquisition de leur contrat d'assurance par un autre fournisseur pourrait entraîner certains désavantages pour les consommateurs, en particulier pour les produits de type capitalisation telle la vie universelle :

- l'assureur acquéreur pourrait découvrir que ces contrats ne sont pas profitables. Il pourrait donc être enclin à s'en tenir qu'aux garanties minimums prévues au contrat. Par exemple, il pourrait décider de ne créditer que les minimums prescrits au contrat pour les placements dans les comptes à intérêt fixe;
- l'assureur pourrait être également moins disposé, toujours pour la même raison, à améliorer les contrats existants (par exemple, par l'ajout de nouveaux comptes de placement, de nouvelles options de bonification, etc.);
- à cause de contraintes liées aux systèmes informatiques, il pourrait lui être difficile d'améliorer les outils dont disposent les clients pour bien gérer les fonds investis dans leur contrat vie universelle.

Donc, en résumé, les fusions et acquisitions ont contribué en partie à diminuer les coûts d'assurance, mais le consommateur doit être vigilant et s'assurer que le contrat qu'il achète comporte des garanties fortes qu'un assureur acquéreur n'aura d'autre choix que d'honorer.

1.2. EFFETS DE LA CONSOLIDATION DANS L'INDUSTRIE DE LA RÉASSURANCE

Le phénomène de consolidation vécu dans le monde de l'assurance se produit également dans celui de la réassurance. Examinons d'abord ce qu'est la réassurance.

La réassurance est un mécanisme servant à partager le risque entre deux ou plusieurs parties. Ainsi, une société qui émet un contrat d'assurance prend un engagement envers le client. D'autre part, elle peut convenir de céder une partie ou la totalité de ce risque à une tierce partie, un réassureur, à qui elle versera une prime. En cas de décès, le réassureur paiera sa part à la société d'assurance (appelée aussi la « cédante ») qui, elle, paiera au bénéficiaire la totalité du capital-décès indiqué au contrat. À noter que le réassureur peut à son tour céder une partie du risque à une autre partie qu'on appelle alors « rétrocessionnaire ».

Parmi les différents modes de réassurance, on en distingue deux en particulier : la réassurance en excédent de plein de conservation et la

réassurance en quote-part. Dans le premier type, la cédante conserve l'entière responsabilité du risque jusqu'à un maximum appelé « plein de conservation » et cède l'excédent au réassureur. Par exemple, si le plein de conservation de l'assureur était de 10 M\$, il conserverait tout le risque si le capital-décès souscrit était inférieur à 10 M\$ et il conserverait exactement 10 M\$ et réassurerait l'excédent si le capital-décès souscrit excédait 10 M\$. Le deuxième type de réassurance prévoit que l'assureur conserve un pourcentage déterminé de chaque risque, jusqu'à son plein de conservation. Par exemple, si le pourcentage retenu était 40 % et que le plein de conservation était fixé à 10 M\$, l'assureur conserverait 40 % de tout capital-décès de 25 M\$ ou moins et conserverait exactement 10 M\$ si le capital-décès excédait 25 M\$. De nos jours, ce type de réassurance est très populaire. Le sondage 2003 de la Munich Re démontre que 80 % à 90 % des dix plus grands assureurs au Canada réassurent en mode quote-part et ne conservent que de 10 % à 20 % de chaque risque.

Pourquoi les assureurs ont-ils recours à la réassurance? Il existe plusieurs raisons, dont les suivantes :

- Pour transférer une partie du risque : une société doit se fixer un plein de conservation qui correspond au montant maximum que sa condition financière lui permet d'absorber. Ainsi, une petite société ne peut se permettre de conserver pour elle-même un contrat de 10 M\$, car le paiement d'un tel montant au décès de l'assuré aurait un effet trop important sur son état des résultats et sur son bilan.
- Pour fournir au client un niveau de surprime moins élevé : en évaluant la proposition d'assurance, la cédante pourrait arriver à la conclusion qu'elle doit appliquer une surprime ou refuser le risque à cause de l'état de santé de la personne à assurer. Si elle a des ententes avec des réassureurs, elle peut se tourner vers ceux-ci et demander leur opinion. Il n'est pas rare qu'un des réassureurs soit prêt à accepter ce risque à une surprime moindre parce qu'il a une expérience plus grande avec le type de condition dont souffre la personne à assurer et croit qu'elle ne mérite pas une surprime aussi grande que celle que la cédante voulait imposer.
- Pour bénéficier de l'expertise du réassureur : le développement de nouveaux produits nécessite une expertise que l'assureur n'a peut-être pas. Par exemple, les assureurs canadiens qui ont décidé d'offrir un produit d'assurance maladies graves se sont tournés vers les réassureurs qui, eux, avaient beaucoup d'expérience du fait de leur participation à la conception de ce produit dans d'autres parties du monde telles l'Afrique du sud, l'Angleterre et l'Australie.

- Pour accroître ses ventes et ses profits : tel que mentionné plus tôt, sans réassurance, une petite société ne pourrait pas se permettre de considérer des montants d'assurance importants. De plus, le marché de la réassurance étant concurrentiel, il est possible que l'opération de réassurance ne représente pas un coût pour l'assureur, mais plutôt un bénéfice. L'assureur pourrait ainsi réduire les prix qu'il aurait autrement chargés aux clients, ce qui se traduirait par une plus grande part de marché et des profits accrus.
- Pour mieux gérer les exigences de capital : les organismes de surveillance requièrent que les assureurs maintiennent un niveau de capital suffisant pour parer à certains risques tels le risque d'assurance (risque que les hypothèses de mortalité, de morbidité et de déchéance ne se réalisent pas) et le risque de rendement insuffisant de l'actif (risque de perte résultant du rendement insuffisant d'éléments d'actif figurant au bilan). En réassurant une partie du capital-décès, l'assureur n'a pas à maintenir le montant de capital requis lié à la portion réassurée; ce devoir revient alors au réassureur.
- Pour limiter les risques catastrophiques : certains types de réassurance ont pour objet d'indemniser l'assureur si un événement résulte en un nombre de décès supérieur à un certain seuil. Les attentats du 11 septembre 2001 ont mis en lumière la nécessité pour les assureurs, en particulier ceux œuvrant en assurance collective, de disposer d'une réassurance catastrophe adéquate.

Le phénomène de consolidation observé dans le monde de l'assurance a aussi cours dans celui de la réassurance, du moins au Canada. Ainsi, les acquisitions de certains et le retrait du marché canadien de d'autres ont réduit le nombre de réassureurs importants au Canada. Il en résulte une concurrence un peu moins forte dont les effets pourraient être les suivants :

- Une augmentation des prix : ceci aurait un effet pour les clients désirant souscrire à une nouvelle couverture d'assurance. Quant à ceux qui sont déjà assurés, ils ne seraient pas affectés, puisque les taux sont généralement garantis. Toutefois, certains contrats d'assurance vie universelle ne garantissent pas aux clients ayant souscrit une couverture d'assurance à taux TRA (Temporaire Renouvelable Annuellement – c'est-à-dire dont le coût augmente à chaque année au fur et à mesure que le client vieillit) l'échelle de taux uniformes qui sera appliquée lorsqu'ils désireront changer leur structure de coûts d'assurance de TRA à uniformes.

- Une augmentation dans le calcul des âges équivalents pour les couvertures de type vies conjointes au deuxième décès : lorsqu'une telle couverture est souscrite, les assureurs calculent la prime en fonction d'une couverture individuelle émise à un âge individuel équivalent aux deux âges conjoints. Cet exercice s'effectue en calculant l'âge individuel de façon à ce que la valeur présente des coûts de décès futurs de cet âge équivaut à la valeur présente des coûts de décès futurs de l'assurance conjointe. En règle générale, les réassureurs acceptent la méthode de calcul utilisée par les assureurs. Or, plusieurs couvertures vies conjointes au deuxième décès sont souscrites avec des capitaux décès importants (par exemple pour provisionner un impôt au dernier décès sur les gains en capital) et donc par conséquent réassurées dans une proportion importante. Les réassureurs prennent de plus en plus conscience que ce type d'assurance ne connaîtra pas un taux de déchéance aussi important que l'assurance individuelle et que les méthodes utilisées pour calculer les âges équivalents produisent des âges trop faibles. Ils incitent donc les assureurs à hausser les âges équivalents et, par voie de conséquence, les prix chargés pour une couverture conjointe donnée. Nous reviendrons plus loin sur les principes qui sous-tendent le calcul des âges équivalents.
- Un retrait de l'offre de taux garantis pour l'assurance maladies graves : le Canada est un des rares pays au monde, sinon le seul, à offrir l'assurance maladies graves à des taux garantis. Tel qu'il a été expliqué plus haut, les réassureurs ont aidé les assureurs à développer ce produit au Canada et en réassurent une grande partie. Avec les avancées de la médecine, ils réalisent que le diagnostic des maladies assurées pourrait devenir de plus en plus facile, ce qui contribuerait à augmenter le nombre de sinistres. Les réassureurs supportent de moins en moins les taux garantis et on s'attend à ce que bientôt les produits d'assurance maladies graves comportent des taux non-garantis.

2. RÉPERCUSSIONS SUR LES PRODUITS D'ASSURANCE VIE

Dans cette deuxième partie, nous mettrons en lumière les risques et les conséquences associés aux diverses tendances observées dans l'industrie de l'assurance, mais aussi dans l'économie en général. L'analyse portera d'abord sur les taux d'intérêt, puis sur les taux de déchéance pour conclure avec les taux de déchéance dans le contexte de la tarification des couvertures vies conjointes au deuxième décès.

2.1. TAUX D'INTÉRÊT

Pour calculer une prime d'assurance uniforme, il faut déterminer la valeur présente des prestations futures (dont l'incidence augmente avec l'âge) et des dépenses futures et l'étaler dans le temps. Ce calcul présume un taux de déchéance (probabilité que le contrat ne soit pas en vigueur) et un taux d'intérêt. Ainsi, plus le taux d'intérêt (et/ou de déchéance) présumé est élevé, moins grande est la prime uniforme. Comme le démontre le graphique de la figure 1, on a observé au cours des 10 dernières années une tendance à la baisse dans les taux d'intérêt des obligations à long terme du gouvernement du Canada. Toutes autres choses étant égales par ailleurs, une diminution des taux d'intérêt exerce une pression à la hausse sur les primes d'assurance uniformes telles que celles qu'on retrouve dans les produits de type temporaire à 100 ans ou de type assurance vie universelle à coût d'assurance uniforme.

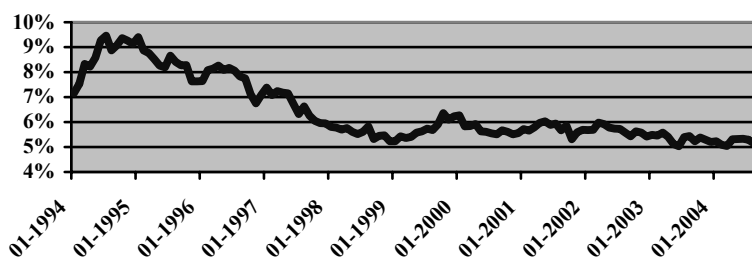


Figure 1 : Rendements d'obligations types du gouvernement canadien⁶

Il existe un autre risque lié à la volatilité des taux d'intérêt dans les contrats d'assurance vie universelle. C'est celui que prend l'assuré en décidant de l'allocation de ses placements dans les différents comptes qui lui sont offerts. Il peut arriver que l'assuré se retrouve avec beaucoup moins de valeurs que prévu à un moment donné (par exemple, à l'espérance de vie) et ce même si le rendement réalisé est exactement celui qui avait été présumé. Il existe deux raisons pour cela :

- Risque de cristallisation des pertes : l'assuré qui dépose la totalité de ses sommes dans un compte à revenus variables se trouve à cristalliser des

⁶ BANQUE DU CANADA, Rendements des obligations, Série B14072, (en ligne), <http://www.banqueducanada.ca/fr/bond-look-f.htm>.

pertes lorsque les coûts d'assurance sont prélevés alors que les rendements sont moindres que prévu. Considérons un exemple simple : une somme initiale de 142 073 \$ est nécessaire pour provisionner des coûts d'assurance de 1 000 \$ par mois pendant 240 mois à un taux de rendement annuel de 6 %. Si le rendement est plutôt de 0,33 % la première année, 12 % la deuxième, 0,33 % la troisième, 12 % la quatrième et ainsi de suite (ce qui résulte en un taux de rendement annuel équivalent de 6 %), la même somme initiale ne pourra provisionner que 228 mois de coûts d'assurance. L'argent qui est retiré lors des années de rendement faible ne peut plus produire de rendement lors des années de rendement élevé. C'est pourquoi il est suggéré que les sommes nécessaires au paiement annuel des coûts d'assurance soient investies dans des titres à revenus fixes.

- Structures de bonis : les contrats d'assurance vie universelle prévoient le versement d'un boni qui contribue à augmenter la valeur des comptes. Il faut bien comprendre les conditions associées au versement du boni. Si un boni n'est payable que si l'assuré réalise un taux de rendement supérieur à un seuil fixé (par exemple 5 %), une projection initiale à un taux uniforme de 6 % pourrait montrer qu'un boni serait payable à chaque année, alors qu'en réalité une expérience correspondant au deuxième scénario du paragraphe précédent résulterait en un boni payable seulement une année sur deux. Ainsi, les valeurs accumulées seraient nettement inférieures à celles projetées et ce même si globalement, sur une longue période, le client obtenait un rendement annuel équivalent de 6 %. D'autres structures de bonis comportent des facteurs qui dépendent du rendement réalisé par les comptes de placement du contrat et/ou du type de placement (revenus fixes *versus* revenus variables). Il est donc important de bien comprendre la structure de bonis des produits et de vérifier la volatilité des valeurs accumulées selon différents scénarios de taux de rendement et de type de placement.

Dans un environnement où les taux de rendement sont faibles, l'assuré voudra également considérer les frais de gestion exigés par l'assureur sur les comptes indiciels. Il faut comprendre que le rendement apparaissant dans un projet informatisé est toujours net de frais. Donc, il ne faut pas comparer les projets de deux sociétés en utilisant le même taux d'intérêt, à moins que les deux chargent des frais de gestion identiques. Par exemple, si on présume que le rendement d'un compte lié à un indice externe tel le S & P 500 sera de 8 % et que la société A charge 3 % de frais de gestion pour ce compte, il convient de bâtir le projet informatisé en utilisant un taux net de 5 %. Si on désire comparer les résultats avec ceux de la société B qui, elle, charge 3,25 % pour un compte identique, alors il faudra que le projet informatisé de

la société B indique un rendement net de 4,75 %. Toutes choses étant égales par ailleurs, une société qui charge des frais de gestion supérieurs peut se permettre de verser un boni plus généreux. Si on n'ajuste pas le taux illustré pour tenir compte de la différence entre les frais de gestion, on commet l'erreur de montrer des résultats trop optimistes pour la société la plus gourmande en frais de gestion.

L'assuré voudra également vérifier si la société garantit de maintenir en tout temps un certain nombre de comptes indiciels et quels en seront les frais de gestion maximum. Un recensement récent de huit moyennes et grandes sociétés⁷ indique qu'une des huit sociétés ne garantit aucun minimum de comptes et que trois d'entre elles ne spécifient pas de frais de gestion maximum pour les comptes qu'elles garantissent de maintenir.

Pour ceux qui préfèrent investir dans des titres à revenus fixes, il est important de considérer les points suivants :

- Taux minimum garanti au contrat : la plupart des assureurs garantissent que le minimum crédité sur un certificat de placement garanti (ci-après « CPG ») sera le plus élevé de i) 90 % du taux d'intérêt correspondant au rendement annuel nominal des obligations courantes à coupons du Canada de mêmes durée et date d'effet que le CPG moins 1,75 %, et ii) un certain minimum garanti (par exemple, 2 % pour les CPG 5 ans et 3 % pour les CPG 10 ans). Toutefois, certains assureurs ont récemment haussé les frais de gestion de 1,75 % à 2 % et même 2,20 %. À cause de l'environnement courant de taux d'intérêt faibles, d'autres ont décidé de réduire le taux de rendement minimum garanti. Parmi les huit sociétés recensées, seulement la moitié offrent un minimum garanti de 3 % sur les comptes CPG 10 ans.
- Disponibilité des CPG dans le futur : une des huit sociétés indique dans son contrat qu'elle offrira toujours au moins un CPG, mais sans préciser lequel et sans préciser un taux minimum garanti. Les autres indiquent quels CPG seront toujours offerts et quels seront les taux minimum garantis. Encore une fois, seulement quatre des huit sociétés garantissent de toujours offrir au moins un compte créditant un taux d'intérêt minimum de 3 %. Si un client ne désire investir que dans des CPG et qu'il désire qu'on lui présente un projet informatisé présentant des valeurs quasi-garanties (toutes autres choses étant égales par ailleurs), il

⁷ Financière Manuvie, AIG, Canada Vie, La Maritime, Nationale Vie, Standard Life, Financière Sun Life, Transamérica.

faut fixer le taux de rendement illustré en fonction du minimum garanti au contrat sur les comptes qui sont garantis de toujours exister.

Les frais de rachat sont un autre facteur qui prend de l'importance dans un contexte de volatilité des marchés financiers. La plupart des contrats d'assurance vie universelle prévoient que si l'assuré met fin à son contrat au cours des huit à dix premières années, il n'aura pas droit à la pleine valeur des comptes. La différence entre la valeur des comptes et la valeur de rachat (qui elle représente le montant auquel l'assuré a droit advenant qu'il mette fin à son contrat) est appelée « frais de rachat » et sert à compenser pour les dépenses initiales de l'assureur qui n'ont pas été récupérées. En période de volatilité des marchés ou d'incertitude économique, un assuré pourrait vouloir retirer une partie des sommes qu'il a déposées dans son contrat. Il faut savoir qu'en cas de rachat partiel, certains assureurs chargeront au client des frais de rachat au prorata du montant retiré. Ainsi, si la valeur des comptes est de 100 000 \$ et que les frais de rachat sont de 40 000 \$ (par conséquent la valeur de rachat est de 60 000 \$), un retrait partiel de la moitié de la valeur de rachat, soit 30 000 \$ entraînerait des frais de rachat de 20 000 \$. L'assuré aurait donc entre les mains un chèque de 30 000 \$, mais sa valeur des comptes et sa valeur de rachat auraient diminué de 50 000 \$, l'assureur ayant empoché la différence. À cause des conditions économiques, un assuré pourrait aussi décider de réduire son capital assuré parce qu'il ne peut plus payer le coût d'assurance pour la pleine couverture. Certains assureurs chargeront alors des frais de rachat au prorata de la réduction de couverture. Le tableau 2 indique le nombre de sociétés recensées qui appliquent aucune, une ou les deux mesures.

Tableau 2 : Frais de rachat

		Frais de rachat appliqués sur des rachats partiels	
		Non	Oui
Frais de rachat appliqués sur des réductions de capital assuré	Non	2	2
	Oui	3	1

2.2. TAUX DE DÉCHÉANCE

Une autre hypothèse importante qui sert à calculer les primes uniformes de produits sans valeur de rachat (tels les produits d'assurance temporaire à 100 ans et les produits vie universelle à coût d'assurance uniforme) est celle relative aux taux de déchéance, c'est-à-dire la probabilité qu'un assuré décide de mettre fin à son contrat. On comprendra que plus les taux de déchéance prévus sont élevés, plus faible sera la prime. Ceux qui annulent

leur contrat libèrent une réserve (l'excédent accumulé des primes uniformes perçues par rapport aux coûts véritables de mortalité annuels). Ce flux peut être reconnu dans la tarification du produit et servir à réduire la prime d'assurance qui aurait été autrement plus élevée.

Ce type de produit est appelé « produit fondé sur les déchéances » parce qu'il exigerait une prime brute beaucoup plus élevée si, lors du calcul de la prime, les taux de déchéance finaux étaient établis à zéro (à supposer que tous les autres paramètres de fixation de la prime demeurent les mêmes).

Une étude de l'Institut canadien des actuaires (ci-après « ICA ») démontre que les taux de déchéance à long terme sont faibles (moins de 1,5 %) pour les produits d'assurance vie universelle à coût uniforme⁸. Nous avons calculé la prime uniforme théorique pour un homme de 50 ans, non-fumeur en présumant un taux de déchéance uniforme de 2 % (aucune dépense n'a été prise en considération dans le calcul). En reprenant le calcul mais cette fois en présumant un taux de déchéance de 1,5 %, on obtient une prime de 8 % plus élevée. En présumant un taux de déchéance de 1 %, on obtient une prime plus élevée d'un autre 8 %. Ces résultats indiquent bien la sensibilité de la prime à toute variation du taux de déchéance. Si l'expérience des prochaines années continue à démontrer des taux de déchéance de plus en plus faibles, elle exercera une pression à la hausse sur les primes des nouveaux contrats.

L'effet des taux de déchéance se fait également sentir dans le calcul des âges équivalents pour les contrats de type vies conjointes au deuxième décès. Comme nous l'avons évoqué précédemment, lorsqu'une telle couverture est souscrite, les assureurs calculent la prime en fonction d'une couverture individuelle émise à un âge individuel équivalant aux deux âges conjoints. Ce calcul s'effectue en calculant l'âge individuel tel que la valeur présente des coûts de mortalité futurs équivaut à la valeur présente des coûts de mortalité de l'assurance conjointe. Par exemple, un homme et une femme de 61 ans, tous deux non-fumeurs, se verraient charger la prime d'un homme de 50 ans non-fumeur. Bien que cette équation tienne au temps zéro, il faut reconnaître que les courbes de mortalité sous-jacentes sont bien différentes. Par exemple, si les probabilités de décès de l'homme et de la femme sont de 1,7/1 000 et de 1,3/1 000 respectivement, il en résulte que la probabilité que le capital assuré soit versé dans la première année de contrat correspond à la probabilité que les deux meurent au cours de cette année soit $1,7/1\,000 \times$

⁸ INSTITUT CANADIEN DES ACTUAIRES, « Taux de déchéance des polices d'assurance-vie universelle à coût nivelé », juin 2003.

$1,3/1\ 000 = 0,00221/1\ 000$. Cette probabilité de décès est bien plus faible que celle d'un homme de 50 ans ($0,765/1\ 000$). Par contre, plus on s'éloigne dans le temps, plus les probabilités se rapprochent, les courbes se croisent éventuellement et la relation s'inverse. En établissant l'équation, l'assureur doit prendre en considération non seulement les taux de mortalité mais aussi les taux de déchéance. Or, les assureurs semblent présumer un taux de déchéance trop élevé dans leurs calculs, ce qui contribue à réduire l'âge équivalent et par conséquent la prime chargée. La figure 2 montre les résultats de l'étude de l'ICA séparément pour les contrats vies conjointes au deuxième décès et pour l'ensemble des contrats observés.

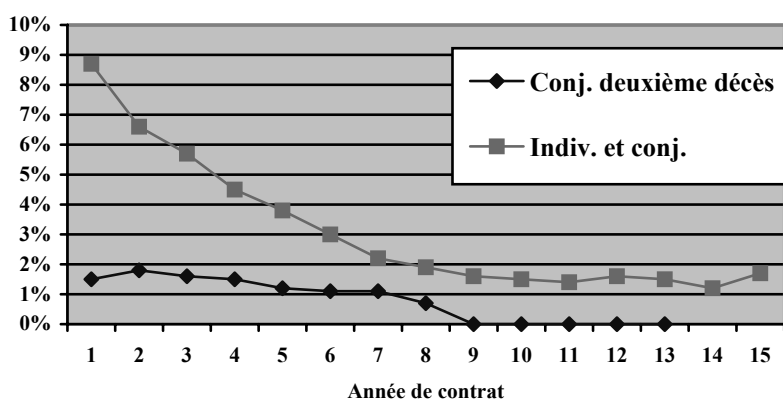


Figure 2 : Taux de déchéance des contrats vies conjointes au deuxième décès *versus* tous contrats combinés (individuels et vies conjointes)

Nous avons fait un calcul théorique de l'âge équivalent et de la prime résultante (sans composante dépense) pour ce couple composé d'un homme de 61 ans non-fumeur et d'une femme de 61 ans non-fumeur. En présumant un taux de déchéance de 2 %, on arrive à un âge équivalent de 50 ans (homme). Si on présume un taux de déchéance de 1,5 %, l'âge équivalent est plutôt de 52 ans et la prime théorique est de 9 % plus élevée. Si on présume un taux de déchéance de 1 %, l'âge équivalent est de 54 ans et la prime augmente d'une autre tranche de 9 %.

Les contrats d'assurance vies conjointes au deuxième décès comportent souvent un capital assuré élevé puisqu'ils sont souscrits pour payer des impôts substantiels au deuxième décès. Les réassureurs détiennent donc une part importante de ce type de contrats dans leur portefeuille. Ils sont de plus

en plus conscients que les âges équivalents sont trop faibles et que les primes ne seront pas suffisantes pour payer les capitaux décès. Ils exercent donc une pression sur les assureurs pour qu'ils augmentent les âges équivalents, ce qui se traduira par une augmentation à court terme des primes pour les nouveaux contrats qui seront souscrits dans l'avenir.

CONCLUSION

L'industrie de l'assurance vie connaît un mouvement de consolidation. Il appartient aux clients de bien vérifier les garanties des contrats qu'ils souscrivent afin d'éviter toute surprise dans l'éventualité où la société émettrice se faisait acquérir par une autre. Le phénomène s'étend également au monde de la réassurance. Les réassureurs jouent un rôle de plus en plus grand et sont en mesure d'influencer le marché de l'assurance.

Les conditions économiques peuvent avoir un effet important sur la performance de produits de type capitalisation telle l'assurance vie universelle. Les clients doivent se faire un devoir de bien comprendre leurs contrats.

Que réserve l'avenir? Le mouvement de consolidation se poursuivra sans doute. Un marché de la réassurance moins concurrentiel, une baisse prolongée des taux d'intérêt, des taux de déchéance toujours plus faibles, voilà des facteurs qui pourraient contribuer à une augmentation des primes pour les produits vie entière et ce malgré l'espérance de vie qui continue de s'améliorer. Reste que le marché de l'assurance est toujours concurrentiel et que les sociétés d'assurance miseront sur les synergies et la technologie pour réduire leurs coûts d'opération et ainsi contrer les hausses de primes qui pourraient leur faire perdre des parts de marché.

LES CONVENTIONS DE RETRAITE FINANÇÉES PAR UN PRÊT LEVIER



Guy Duhaime
AVC, Pl. Fin.
Groupe Financier Multi Courtage inc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	44:3
1. SURVOL DE LA CR.....	44:3
2. PROVISIONNEMENT DE LA CR.....	44:5
3. CONSÉQUENCES DE LA MISE EN PLACE OU NON D'UNE CR SUR LA MARGE BRUTE D'AUTOFINANCEMENT (CASH FLOW)	44:7
4. CR FINANÇÉE PAR EMPRUNT.....	44:10
4.1. SCÉNARIO 1	44:11
4.2. SCÉNARIO 2	44:12
4.3. SCÉNARIO 3	44:13
4.4. AUTRE SCÉNARIO	44:14

5.	DÉFAUT DE REMBOURSEMENT DU PRÊT	44:15
6.	DÉCÈS AVANT LE REMBOURSEMENT DU PRÊT	44:16
7.	AVEC L'ARRANGEMENT DU PRÊT LEVIER, SOMMES-NOUS TOUJOURS EN PRÉSENCE D'UNE RÉELLE CR?	44:17
8.	RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT	44:18
CONCLUSION		44:18
ANNEXE A		44:20
ANNEXE B		44:22

INTRODUCTION

Les conventions de retraite (ci-après « CR ») ont fait couler beaucoup d'encre au cours des dernières années. Sans entrer dans tous les détails, nous ferons un court survol de la CR. Ensuite, nous verrons les différentes méthodes de financement possibles et porterons une attention toute particulière à la méthode du levier. Nous verrons dans quel genre de structure on peut effectuer le montage financier. Nous essaierons de déterminer la pertinence de ce genre d'arrangement financier et verrons les différentes possibilités de provisionnement de la CR à partir de divers produits financiers.

Nous ne pourrions aborder dans ce texte toutes les problématiques liées aux CR, mais nous tenterons de soulever certaines des questions pertinentes que chaque conseiller, que ce soit le comptable, le planificateur financier, le conseiller juridique, le conseiller en placement ou le conseiller en sécurité financière, aura à se poser tout au cours du processus de mise en place et de financement de cet arrangement financier particulier. Nous illustrerons nos propos par des exemples visuels qui devraient, nous l'espérons, en faciliter la compréhension.

1. SURVOL DE LA CR

La CR est définie dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹, au paragraphe 248(1), comme un régime ou un mécanisme dans lequel un employeur verse à un « dépositaire » des cotisations pour financer des avantages que doit ou peut recevoir un salarié au moment de sa retraite ou au moment de quitter sa charge avec l'employeur. Il faut donc qu'il y ait à tout le moins une relation employeur-salarié.

La CR est réputée être une fiducie². On devrait donc, comme dans tout autre contrat de fiducie, stipuler clairement les pouvoirs du fiduciaire ainsi que la façon et les circonstances par lesquelles le bénéficiaire (l'employé) pourra retirer les avantages pécuniaires qui y sont rattachés. On devrait aussi prévoir un bénéficiaire subsidiaire en cas de décès de l'employé visé par la CR. Habituellement, on nommera le conjoint ou l'enfant du bénéficiaire. Dans les cas où une telle disposition n'aurait pas été prévue, les fonds accumulés par la CR seraient habituellement retournés au promoteur de

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

² Al. 207.6(1)a) L.I.R.

ladite CR. Bien entendu, les paiements émis par la fiducie de retraite seront pleinement imposables.

Il est bien stipulé³ que les cotisations à la CR doivent être raisonnables. L'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») pourrait remettre en question et désavouer la totalité ou une partie de la CR si les sommes cotisées ne sont pas raisonnables ni n'ont aucun rapport avec les services rendus. Un rapport effectué par un actuaire pourra sanctionner le tout.

Les cotisations effectuées par l'employeur sont entièrement déductibles et ne déclencheront pas des déductions à la source (ci-après « DAS ») comme le Fonds des services de santé (ci-après « FSS »). Toutefois, 50 % de la cotisation devra être envoyée à l'ARC dans un compte d'impôt remboursable (ci-après « CIR ») qui ne rapportera aucun intérêt. Bien que certains voient dans cette cotisation de 50 % une embûche majeure, nous croyons que la notion de « remboursable » de cet impôt est un atout en soi. Dans toute autre forme de paiement de bonis, d'augmentation de salaire ou de paiement de dividendes, on verra partir en fumée les impôts qui ne seront aucunement remboursables.

Si le véhicule de placement choisi déclenche un revenu imposable, 50 % de ses revenus devront être envoyés dans le CIR⁴. Il y aura donc avantage à considérer des véhicules de placement à impôt différé comme un contrat d'assurance vie universelle ou des fonds communs de placement de type corporatif. Si l'on constitue la caisse de la CR à partir d'un portefeuille d'actions, on doit prévoir un portefeuille plutôt statique, soit l'achat et la conservation des titres jusqu'au moment des retraits si on veut éviter la remise de 50 %. Bien que la chose soit possible, cette dernière éventualité offrira de sérieuses contraintes dans un marché fébrile et volatil.

Les sommes qui seront distribuées par la CR seront assujetties aux DAS. Toutefois, elles ne seront pas considérées comme un « revenu gagné » au sens du sous-alinéa 6(1)a(ii) et du paragraphe 146(1) L.I.R. Le CIR sera remboursé à raison de 1 \$ pour chaque versement de 2 \$ du compte de la fiducie de CR. Dans certains cas où les sommes accumulées ne seraient pas suffisantes ou que la fiducie ne pourrait liquider les actifs à bon prix pour décaisser rapidement la totalité de la CR, la fiducie de CR pourrait emprunter les liquidités nécessaires de l'employeur. Ces sommes seraient remboursées à même les entrées d'argent futures de la CR. D'autre part, si

³ Al. 20(1)r) et art. 67 L.I.R.

⁴ Partie X1.3 L.I.R.

les fonds de la CR sont épuisés et qu'il reste des soldes d'impôt remboursable, les soldes pourront être récupérés en tout ou en partie conformément au paragraphe 207.5(2) L.I.R.

Si les paiements sont effectués à partir de la CR et que le retraité a cessé d'habiter le Canada, les prestations retirées de la CR seront assujetties au taux d'impôt canadien de 25 % ou de 15 % si le nouveau pays de résidence a une convention fiscale avec le Canada⁵. Il faudra que les paiements soient réguliers et faits au moins sur une période de 10 ans. Si le nouveau pays d'adoption fait bénéficier ses résidents d'un taux d'impôt très bas ou inexistant, il y aurait là un avantage très intéressant.

2. PROVISIONNEMENT DE LA CR

Lettres de crédit

Dans certains cas, pour restreindre les sorties d'argent de la société, on voudra utiliser des lettres de crédit plutôt que des contributions réelles. Il faut comprendre que les institutions prêteuses demanderont des frais annuels qui se situeront habituellement entre 1 % et 3 % de la valeur nominale de la lettre de crédit⁶. L'ARC reconnaît que si l'entreprise ne fait aucune cession d'actifs et que ses marges de crédit ne sont pas réduites à cause de l'émission des lettres de crédit, la portion qui sera versée au CIR sera limitée au même montant que le prix de la garantie. En conséquence, une lettre de crédit de 20 000 \$ obtenue au prix de 400 \$ (2 %) déclencherait un versement de 400 \$ au CIR. La lettre de crédit, si tel est le choix de l'employeur, doit être obtenue sans garantie. Nous croyons que, dans certains cas, il peut être très difficile d'obtenir un tel document sans garantie.

Si l'entreprise fait faillite et que la lettre de crédit prend effet, la somme versée par l'institution ayant fait l'objet de ladite garantie sera considérée comme une cotisation à la CR et 50 % du montant devra être versé dans le CIR.

⁵ Al. 212(1j) L.I.R.

⁶ « Table ronde de Revenu Canada », dans *1992 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1993, pp. 54:1-75, question 48, à la page 54:30.

Portefeuille de placement

Un portefeuille de placement standard peut être mis en place par la fiducie de CR. Il faut tenir compte que le statut particulier du traitement des impôts à l'égard des dividendes et du gain en capital n'est pas considéré lorsqu'on investit dans une CR. Tous les revenus sont taxés à 100 %⁷. Bien entendu, la taxation sur le gain en capital sera retardée jusqu'à la vente des titres.

L'utilisation de fonds mutuels standards ou de fonds distincts pourra permettre un certain report d'impôts. Un fonds mutuel de type « corporatif » pourra aussi aider à différer les impôts dans la plupart des cas jusqu'au décaissement⁸.

Contrat d'assurance vie

Bien que le contrat d'assurance vie ne constitue pas en soi une CR, la fiducie de CR peut souscrire à ce véhicule à des fins de CR. L'utilisation d'un produit de type vie universelle est recommandée. La portion de prime afférente au coût de mortalité et celle afférente à la portion placement sont habituellement très bien définies, ce qui pourrait être (on le verra un peu plus loin) un atout majeur. Le principal avantage de l'utilisation d'un produit de type « exonéré » est le fait que l'accumulation de fonds dans le contrat à l'intérieur des limites imposées (réserve actuarielle maximale aux fins d'impôt ou « RAMI »)⁹ par l'ARC se fera en franchise d'impôt. La portion des « intérêts » de 50 % qui serait normalement versée à chaque année ne le sera pas. L'accumulation des sommes déposées dans le contrat se fera donc plus rapidement. Toutefois, il faut tenir compte que les coûts afférents à la garantie d'assurance viennent diminuer l'accumulation puisqu'une partie du dépôt annuel ne servira pas à des fins de placement. D'autre part, si le bénéficiaire pour lequel la fiducie de CR décède, le ou les bénéficiaires subsidiaires recevront quand même des sommes importantes qui pourront leur être versées par la fiducie. Si de tels bénéficiaires n'ont pas été nommés, les sommes d'argent accumulées plus le capital d'assurance versé pourront retourner à l'employeur qui devra s'imposer sur l'ensemble des sommes reçues. On ne pourra pas éviter la taxation sur le capital d'assurance vie lorsqu'il sera distribué par la fiducie même s'il n'était pas imposable au moment de son encaissement.

⁷ Par. 207.5(1) L.I.R.

⁸ Voir l'annexe B du présent document.

⁹ *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., 1978, c. 945 et mod., al. 307(1)b).

3. CONSÉQUENCES DE LA MISE EN PLACE OU NON D'UNE CR SUR LA MARGE BRUTE D'AUTOFINANCEMENT (*CASH FLOW*)

La décision de ne rien faire ou de souscrire à une CR standard ou par un prêt levier pourra être prise en tenant compte de certaines considérations financières. Le paiement annuel des impôts, d'importants bonis ou le versement à une CR a un effet immédiat sur la marge brute d'autofinancement (*cash flow*) d'OpcO. Nous verrons à partir des prochains exemples comment un « arrangement » de prêt levier pourra venir en aide à l'entreprise. Bien entendu, il faudra à tout le moins que le prêt consenti par l'institution prêteuse dépasse 50 % de la valeur de la cotisation à la CR. En fait, si le portefeuille constitué en vertu de la CR est basé sur un portefeuille de type sécuritaire et que la croissance se fait à l'intérieur d'un cadre « sans impôt » annuel, tel un contrat d'assurance vie exonéré de type « universel », le prêt consenti sera vraisemblablement très près de 90 % du montant de la cotisation versée par l'employeur au bénéfice de la CR. Voyons maintenant ce qui en résulte du côté strictement financier de la chose. Tous nos exemples sont faits à partir d'une hypothèse selon laquelle la société a un profit avant impôt de 1 250 000 \$. Nous travaillons avec la portion imposable au taux normal d'impôt des sociétés qui représente l'excédent de 250 000 \$ pour l'année de référence. Nous cherchons donc la meilleure méthode pour retourner le plus d'argent possible à la société.

1) Paiement d'un dividende à l'actionnaire

Nous voyons dans ce premier exemple qu'une fois les impôts payés, et ce, même s'il y avait de l'impôt en main remboursable à titre de dividendes (ci-après « IMRTD »), le *cash flow* de la société serait considérablement réduit. Nous croyons qu'étant donné que c'est OpcO qui gagne des revenus d'opération, il est peu probable que cette dernière ait de l'IMRTD. Nous avons quand même voulu inclure les différentes façons de faire pour établir la marge brute d'autofinancement.

Avec IMRTD disponible

Profit de la compagnie :	1 250 000 \$
Impôt payable :	365 250 \$
Dividende versé :	(689 800) \$
Impôt de l'actionnaire :	(226 737) \$
IMRTD :	229 933 \$
En main de l'actionnaire (Prêt) :	463 063 \$
Total en main pour la compagnie :	<u>887 946 \$</u>

Sans IMRTD disponible

Profit de la compagnie :	1 250 000 \$
Impôt payable :	365 250 \$
Dividende versé :	(689 800) \$
Impôt de l'actionnaire :	(226 737) \$
En main de l'actionnaire (Prêt) :	463 063 \$
Total en main pour la compagnie :	<u>658 013 \$</u>

2) Paiement d'un boni à l'actionnaire

Dans ce cas, les impôts et DAS seront appliqués normalement. L'argent en main de l'actionnaire sera reprêté à l'entreprise. Qu'il y ait IMRTD ou non n'a aucune importance dans cette stratégie :

Profit de la compagnie :	1 250 000 \$
Boni payable* :	(951 746) \$
Impôt de l'actionnaire :	(458 932) \$
DAS (FSS 4,27 %) (Commission des normes du travail 0,8 %) :	(48 254) \$
En main pour l'actionnaire :	492 814 \$
Prêt de l'actionnaire	492 814 \$
Impôt de la société	(55 050) \$
En main dans la société :	<u>687 764 \$</u>

* Vous constaterez que le montant en main de l'actionnaire plus l'impôt de l'actionnaire plus les autres DAS totalisent 1 M\$, soit la dépense nécessaire pour ramener les profits au taux d'imposition d'une petite entreprise.

3) Utilisation d'une CR avec prêt levier

Dans cet arrangement, on voit que la situation de la marge brute d'autofinancement (*cash flow*) de la société s'améliore passablement même si le prêt obtenu est moins que 90 %.

Profit de la compagnie :	1 250 000 \$		
Versement à la CR :	(1 000 000) \$		
Prêt obtenu (à 90 %)	900 000 \$	Prêt à 75 %	750 000 \$
Impôt de la société :	55 050 \$		
Frais approximatifs de constitution de la CR (1 ^{re} année) :	25 000 \$		
Total en main pour la compagnie :	<u>1 069 050 \$</u>		<u>919 050 \$</u>

Il est facile de constater que, sur le plan des liquidités de la société, l'arrangement comporte des avantages certains du point de vue strictement financier.

4. CR FINANCÉE PAR EMPRUNT

Pourquoi une société voudrait-elle financer sa CR par un emprunt? Une société qui année après année génère d'importants profits pourrait être tentée par ce genre d'arrangement. Souvent les profits sont enfouis dans les inventaires ou dans des immobilisations ou des acquisitions qui prendront de la valeur avec les années. Les actionnaires sont toujours pris avec le dilemme de préparer leur retraite de façon adéquate ou de faire progresser l'entreprise par des projets de développement ou d'acquisition.

Sans exclure les autres types de détentions corporatives, nous croyons que le principe de « l'arrangement » du prêt levier convient plus aux entreprises privées ayant un ou quelques actionnaires seulement qui ont le plein contrôle des décisions.

Par exemple, une société faisant plus ou moins 4 M\$ de profits annuellement et qui désirerait implanter une nouvelle usine pourrait quand même mettre sur pied une CR à l'intention de son ou de ses cadres importants et conserver une grande partie de ses liquidités pour quelques années, le temps de rentabiliser son investissement. L'augmentation des inventaires, la construction d'un immeuble ou tout autre projet pouvant rapporter à la société des bénéfices additionnels seraient de toutes aussi bonnes raisons pour mettre sur pied un tel arrangement. Il est aussi possible dans certains cas de ventes d'entreprises, d'établir une CR avec prêts levier et de faire réaliser des économies à l'acheteur et des gains au vendeur.

En général, près de 90 % de la totalité de la cotisation versée à la CR sera prêtée par l'institution financière à la société que nous appelons **Opc**. C'est donc avec une contribution directe d'à peu près 10 % seulement du capital versé à la fiducie de CR que nous pourrions commencer dès maintenant à constituer de futurs revenus aux personnes visées.

Il faut garder en tête que le premier but d'une CR doit être de permettre aux bénéficiaires de la CR une amélioration réelle et fondée de leurs bénéfices de retraite. Il faudra donc qu'au moment opportun (temps de la prise de la retraite ou de la cessation de service de l'emploi (par. 248(1) L.I.R.)) les sommes empruntées pour la mise en place de « l'arrangement » soient remboursées pour permettre à la fiducie de CR de verser les prestations promises au bénéficiaire. Les coûts de mise en place et les frais annuels afférents à ce genre d'arrangement étant relativement élevés¹⁰, le

¹⁰ Voir l'annexe A du présent document.

concept d'une fiducie de CR financée par emprunt s'adresse à des sociétés qui verseront à notre avis un minimum de 1 M\$ dans la fiducie de CR.

Comment cela fonctionne-t-il?

Quoique la mise en place de « l'arrangement » et la rédaction des documents légaux soient assez complexes, le principe général est relativement simple. On devra premièrement mettre en place une fiducie de CR standard. On fera le versement convenu de la cotisation dans la fiducie de CR. Ensuite, la fiducie de CR fera une cession totale de tous ses actifs, y compris le CIR. Elle empruntera d'une institution financière selon le cas jusqu'à un maximum de 90 % de la valeur de la fiducie de CR. La fiducie pourra par la suite prêter la somme à la compagnie opérante ou à une autre compagnie que l'on pourrait appeler **FinanceCo**. La société opérante recevra ensuite la totalité de l'emprunt et payera habituellement des intérêts mensuels soit à FinanceCo, soit à la fiducie selon les arrangements établis. Ce sera habituellement un billet à demande qui sera émis à titre de garantie de prêt. Nous illustrerons plus bas les schémas des différents montages pouvant être effectués. En surplus de la cession générale des biens de la fiducie, il est possible que l'institution prêteuse demande des garanties additionnelles. Là encore, il faudra être vigilant. Si Opco fournit une garantie, cela pourrait être vu comme une cotisation additionnelle à la fiducie de CR et l'employeur devrait verser un impôt remboursable équivalant à 50 % de la valeur estimée de cette garantie. Si c'est l'employé-actionnaire qui garantit personnellement le prêt, l'ARC pourrait se questionner sur la validité de l'arrangement en tant que CR. Le fait que « l'employé » doive garantir certaines sommes pour sa propre retraite dépasse les relations employeur-employé habituelles.

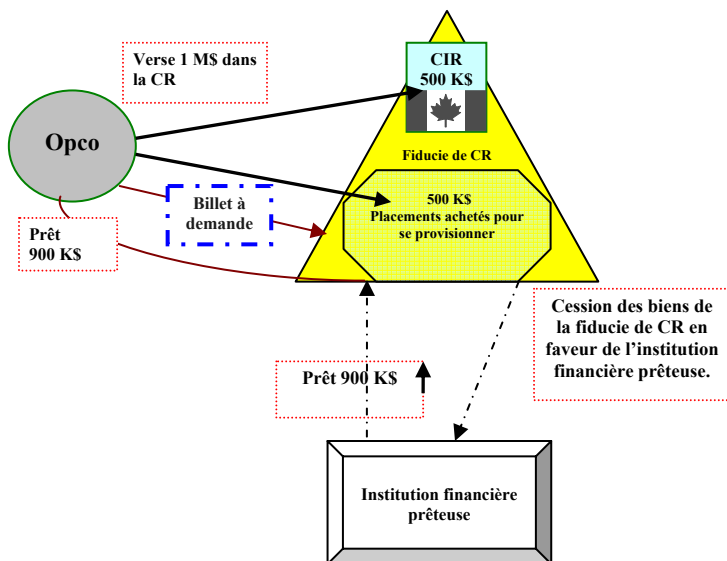
4.1. SCÉNARIO 1

Opco verse 1 M\$ dans la fiducie de CR. 500 000 \$ sera versé au CIR et l'autre 500 000 \$ servira pour acheter un contrat d'assurance exonéré ou un portefeuille de placements diversifiés, ou encore, une combinaison des deux. En questionnant les institutions financières prêteuses, ces dernières semblent plus à l'aise avec le provisionnement par un contrat d'assurance exonéré qu'avec un portefeuille de placements conventionnels. Bien entendu, les prêteurs limitent les choix de placements utilisés à l'intérieur du contrat. S'ils jugent les choix trop à risque, ils limiteront le financement à 50 % ou 60 % au lieu du 90 % souvent désiré. La fiducie de CR fera une cession générale de ses biens en faveur de l'institution financière prêteuse en échange du prêt obtenu. Elle prêtera à son tour à Opco contre un billet à demande avec les intérêts payables mensuellement. La fiducie de CR payera à son tour les intérêts à l'institution prêteuse. Opco payera un intérêt

légèrement plus élevé à la fiducie afin qu'elle puisse assumer ces dépenses annuelles récurrentes. Nous ne voulons pas que la fiducie de CR fasse un revenu ou un profit à même le financement puisque le but ultime est de financer les revenus de retraite à même les cotisations investies. Nous voulons aussi éviter le plus possible de verser 50 % des revenus au CIR.

Le prêt devra être remboursé avant le début des versements au bénéficiaire.

Diagramme Scénario 1



4.2. SCÉNARIO 2

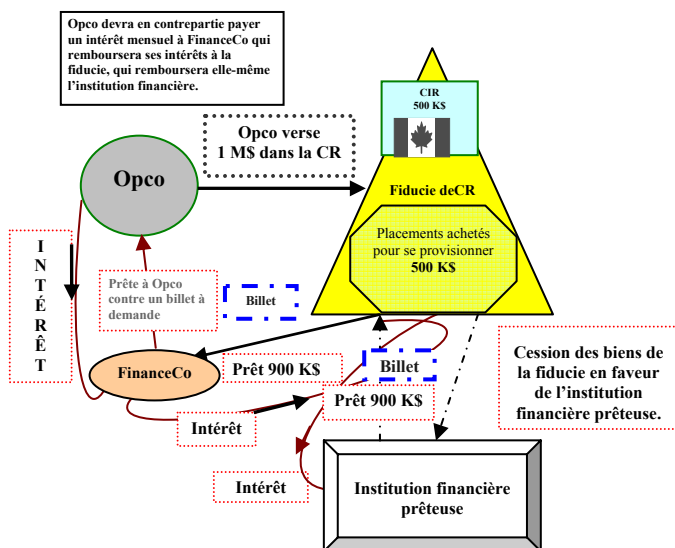
Opco verse 1 M\$ dans la fiducie de CR. 500 000 \$ est versé au CIR et 500 000 \$ sert à acheter un contrat d'assurance exonéré ou un portefeuille de placements diversifiés, ou encore, une combinaison des deux. La fiducie de CR fera une cession générale de ses biens en faveur de l'institution financière prêteuse en échange du prêt obtenu. Une nouvelle société sera créée qu'on appellera FinanceCo. La fiducie prêtera contre un billet à demande à FinanceCo qui, à son tour, prêtera à Opco. L'utilisation de FinanceCo viendrait, apaiser les doutes sur les intentions de la société d'établir un vrai régime de retraite. L'ARC n'apprécierait pas le fait qu'une fiducie de CR retourne l'argent immédiatement et directement à Opco. De plus, FinanceCo facilitera au prêteur la prise de possession éventuelle des

actifs de la fiducie de CR. En effet, il sera plus facile de mettre FinanceCo en position de faillite et d'annuler ainsi le billet à demande. N'ayant plus d'actifs, le CIR pourra donc être récupéré plus facilement.

« Lorsque un employeur fait un paiement à un tiers et que les fonds sont, dans les faits retournés à l'employeur, soit sous la forme d'un prêt, soit sous la forme d'un placement dans ses actions, le fait que le paiement ait été fait en relation avec les prestations qui seront versées au moment de la retraite pourrait être considéré comme douteux¹¹. »

Les mêmes considérations sur le paiement des intérêts et du remboursement du capital devront être faites comme dans le Scénario 1.

Diagramme Scénario 2

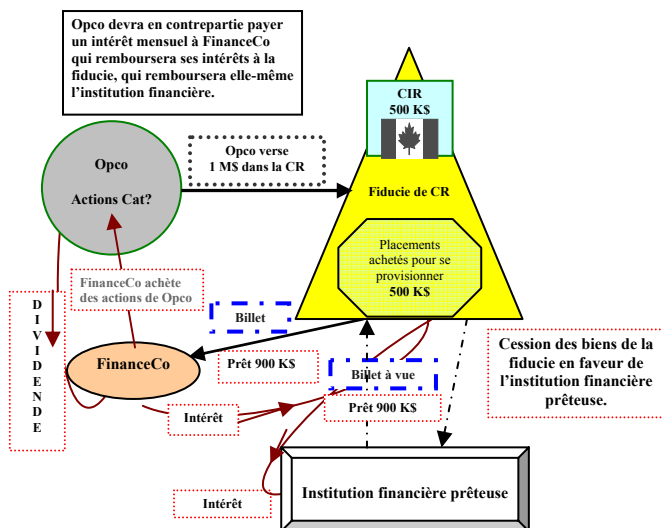


4.3. SCÉNARIO 3

Le Scénario 3 est semblable au deuxième à la différence qu’au lieu de prêter à Opco contre un billet à demande, FinanceCo investira dans une catégorie d’actions d’Opco. Opco devra en contrepartie payer un dividende mensuel à FinanceCo qui remboursera ses intérêts à la fiducie, qui remboursera elle-même l’institution financière. Dans ce scénario, pour que

¹¹ Traduction libre d'un texte extrait de « Conference for Advanced Life Underwriting », dans *CALU Report*, juillet 1998, question 3.

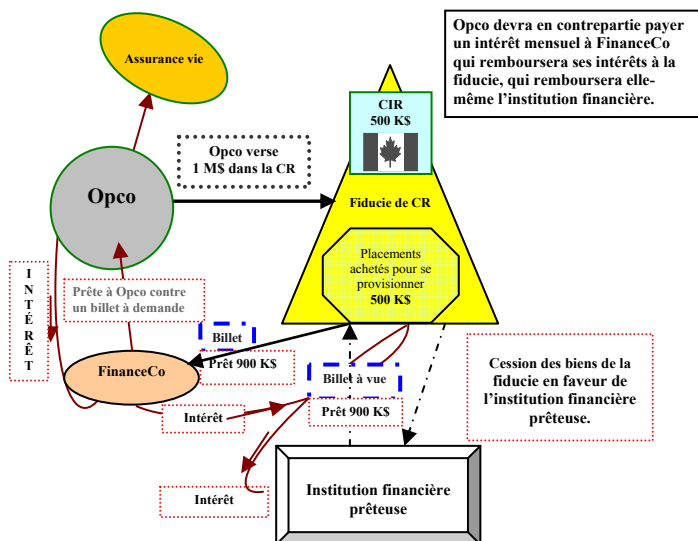
les intérêts soient déductibles, il faudrait que FinanceCo ait d'autres importantes sources de revenu. En fait, dans ce cas, FinanceCo devrait être une compagnie de gestion avec différentes sources de revenus comme des intérêts, des revenus de loyers ou autres, plutôt qu'une coquille vide. Autrement, il sera trop facile pour l'ARC de faire les appariements et de ne pas considérer la dépense d'intérêts pour FinanceCo. Il faudra dans ce cas être vigilant pour atteindre le but ultime.



4.4. AUTRE SCÉNARIO

Une variante de ces scénarios sera de souscrire à un contrat d'assurance vie à « propriété partagée ». La fiducie de CR détiendrait le fonds d'accumulation assorti d'une assurance équivalente au fonds d'accumulation, alors qu'Opco détiendrait un capital d'assurance fixe ou décroissant au besoin (si on a choisi une option de minimiseur de capital assuré afin de maximiser la portion placement). L'ARC ne devrait pas inclure les primes payées pour l'assurance comme un paiement à la CR et aucun impôt remboursable ne serait prélevé. Les primes ne seraient pas déductibles à moins que le prêteur n'ait exigé une assurance vie en tant que garantie additionnelle, auquel cas, le coût net de l'assurance pure, jusqu'à concurrence de la prime versée, pourrait être déductible. Nous croyons que dans aucun des documents de la fiducie et du prêteur on ne devrait stipuler

de façon officielle cette garantie. La garantie d'assurance pourrait être exigée pour des prêts autres que ceux reliés à l'arrangement.



Encore une fois, la manière dont la transaction sera structurée aura un impact sur les décisions de l'ARC en la matière. L'ARC pourrait interpréter la garantie d'assurance vie comme un avantage imposable conféré indirectement à un actionnaire principalement si l'employeur a assumé une plus grande part de la prime que celle qu'il aurait dû payer. Il pourrait aussi simplement considérer la prime comme faisant partie d'une cotisation à la CR. L'employeur devrait donc, dans ce cas, verser l'équivalent de la prime au CIR.

Dans tous les cas, si la transaction est bien structurée, les intérêts payés sur le billet à demande devraient être déductibles pour Opco. Soit qu'Opco refinance des dettes ou acquiert des biens productifs de revenus à même les sommes empruntées.

5. DÉFAUT DE REMBOURSEMENT DU PRÊT

La situation financière d'Opco pourrait se détériorer et cette dernière pourrait cesser le versement de ses intérêts mensuels. Dès lors, Opco ou FinanceCo ne pourrait plus rembourser la fiducie qui, à son tour, serait dans l'incapacité de rembourser l'institution prêteuse. Ladite institution exercerait ses garanties et encaisserait la valeur des actifs, que ce soit la valeur de

rachat du contrat d'assurance ou les autres types de placements détenus. Par la suite, la fiducie demanderait le remboursement de l'impôt remboursable¹². S'il reste un solde au prêt, l'institution prêteuse exercera les autres garanties additionnelles s'il y a lieu.

6. DÉCÈS AVANT LE REMBOURSEMENT DU PRÊT

Sans assurance

Si un prêt a été conféré à Opco et que le décès du bénéficiaire de la fiducie de CR survient, le prêteur sollicitera le remboursement du prêt et forcera la mise en œuvre de ses garanties. La fiducie ayant mis la totalité de ses biens en garantie devra vendre ses placements et après le remboursement au prêteur, demander le remboursement de son CIR. Si les sommes ne sont pas suffisantes pour rembourser la totalité des dettes de la fiducie de CR, le prêteur exercera ses garanties accessoires. Si la valeur des placements a diminué considérablement, la succession pourrait avoir à faire face à certains problèmes de liquidités.

Avec assurance

Le contrat d'assurance pourrait être pris par la fiducie ou en propriété partagée entre la fiducie et Opco.

Si l'assurance a été souscrite par la fiducie de CR, les sommes seront versées à la fiducie en franchise d'impôt. Toutefois, toute distribution faite par la fiducie sera imposable dans les mains du bénéficiaire. Lors d'un décès, la fiducie de CR aura vraisemblablement toutes les sommes nécessaires pour rembourser son prêt. Le prêteur n'aura possiblement pas à exercer d'autres garanties. Les soldes d'argent de la fiducie pourront être retournés soit à l'employeur, soit aux bénéficiaires subsidiaires de la fiducie, si de tels bénéficiaires avaient été prévus.

Si l'assurance a été souscrite en propriété partagée entre la fiducie et Opco, le capital-décès (fixe ou décroissant, selon le cas) sera encaissé par Opco en franchise d'impôt. Opco pourra faire l'élection d'un compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») pour le capital-décès reçu, diminué du coût de base rajusté (ci-après « CBR ») calculé pour sa portion de détention dans le contrat. La fiducie, quant à elle, recevra un capital d'assurance égal au fonds d'accumulation du contrat. Il sera primordial de

¹² Par. 207.5(2) L.I.R.

pouvoir déterminer le CBR de chaque partie du contrat. Il faut se rappeler qu'en cas de détention partagée, il y aura deux CBR et deux versements de prestations d'assurance. Les deux CBR doivent donc être départagés pour qu'Opcio puisse bénéficier au maximum de son CDC.

7. AVEC L'ARRANGEMENT DU PRÊT LEVIER, SOMMES-NOUS TOUJOURS EN PRÉSENCE D'UNE RÉELLE CR?

Il y a plusieurs facteurs qui déterminent la validité d'une fiducie de CR. Sans aller dans tous les détails puisque plusieurs excellents textes ont été produits sur les CR, nous croyons que si l'arrangement financier du prêt levier n'a pas été fait dans le seul but de réduire le fardeau fiscal de l'entreprise tout en se recapitalisant et ainsi améliorer son bilan à même un prêt provenant en partie du CIR, la CR sera reconnue valide. En fait, il doit y avoir pour but ultime de donner un bénéfice de « retraite » au bénéficiaire¹³. Bien entendu, il faudra que ce bénéfice ait un rapport avec les services rendus par l'employé, le plus souvent l'actionnaire majoritaire ou le seul actionnaire d'Opcio¹⁴. Il faudra aussi faire attention si l'arrangement vient remplacer une politique de versement annuel de bonis à l'actionnaire-employé. L'employeur doit donc établir clairement dans sa documentation le fait que la CR est établie selon des normes raisonnables pour les services passés et présents réellement rendus à l'entreprise par « l'employé ».

Si l'arrangement n'était pas reconnu comme une CR, le paiement versé par l'employeur ne serait plus déductible selon l'alinéa 20(1)r) L.I.R. À ce moment, il y aurait perte du CIR. Même si des demandes répétées ont été faites à l'ARC¹⁵, cette dernière ne s'est jamais prononcée de façon catégorique en regard des prêts levier en faveur des CR, mais a plutôt stipulé que c'est une question de fait, à savoir si une CR existe ou non. Si le statut de fiducie de CR est perdu, la fiducie sera réputée « fiducie entre vifs » et ses revenus seront imposés comme tels au plus haut taux de l'impôt personnel.

¹³ Par. 248(1) L.I.R.

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-337R3, « Allocations de retraite », 30 janvier 1998.

¹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 9730067, 11 décembre 1997, 9726065, 19 novembre 1997, réponse de l'AGENCE DU REVENU DU CANADA, extraite de « Conference for Advanced Life Underwriting », dans *CALU Report*, novembre 1998, question 3, et 2000-0050805, 7 décembre 2000.

Si ce n'est plus une CR, qu'est-ce que cela peut être? Si la stratégie remplace une « habitude » de payer un boni à l'employé, l'ARC pourrait stipuler que l'arrangement du prêt n'est pas valide mais que le statut de « boni » est conservé. À ce moment, l'impôt remboursable n'existe plus et est remplacé par les DAS normales. Si le caractère du bénéfice conféré au bénéficiaire est hors de tout doute excessif par rapport à une situation de retraite normale, l'ARC pourrait aussi juger que l'arrangement est une entente d'échelonnement de traitement. Les contributions faites à la fiducie de CR seraient immédiatement imposables pour l'employé même s'il n'a reçu aucun montant. De son côté, l'employeur recevrait une déduction pour les sommes incluses dans le revenu de l'employé.

8. RÈGLE GÉNÉRALE ANTIÉVITEMENT

L'ARC pourrait-elle alléguer qu'un prêt levier pour financer une CR est un évitement fiscal? À notre avis, selon l'interprétation que nous faisons du paragraphe 245(3) L.I.R., il serait difficile pour l'ARC de démontrer que le but de cet arrangement est d'éviter une charge fiscale. Chaque étape du montage de cette structure peut s'appuyer sur certains articles et points techniques de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En fait, le droit pour l'employeur de mettre sur pied une CR, la possibilité de détenir une assurance vie dans la CR, l'intérêt qu'un employeur peut avoir directement dans un contrat d'assurance, la déductibilité des intérêts sont tour à tour discutés dans différentes sections de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le seul réel avantage pourrait être d'ordre financier et non fiscal. En fait, l'ARC reçoit plus d'argent que dans une entente d'échelonnement de traitement. De plus, lors des retraits de la fiducie, le bénéficiaire devra s'imposer sur la totalité des revenus qu'il a encaissés et perdra les bénéfices fiscaux ordinairement reliés aux dividendes ou au gain en capital. Bien entendu, l'ARC pourrait toujours considérer que la série de transactions en elle-même provoque un évitement si l'arrangement ne fait aucun sens. Toutefois, l'ARC ne semblerait avoir aucun avantage évident à mettre en application la règle générale antiévitement.

CONCLUSION

L'arrangement financier du prêt levier supportant une CR nous semble des plus complexes. L'ARC ne s'est jamais prononcée en général mais traitera chaque dossier vérifié selon les critères de « raisonabilité » de la transaction. Mais qu'est-ce qui est raisonnable? Sans le savoir très précisément, on peut penser que combler le vide du 2 % par année de services entre un salarié gagnant plus de 86 000 \$ ou contribuer à 18 % du traitement total en excédent des maximums d'un régime de pension agréé

serait très raisonnable. Nous croyons que si les sommes à être déposées sont validées par un certificat d'actuaire indépendant, l'ARC sera plus tolérante.

Bien entendu, nous ne croyons pas avoir abordé toutes les facettes d'un tel arrangement, mais nous croyons avoir ciblé les principales caractéristiques et soulevé les principales questions à l'égard de cet « arrangement ». Plusieurs scénarios pourront être évalués pour chacun des dossiers en particulier. Une attention toute particulière doit être apportée à la rédaction des documents légaux et aux garanties accessoires afin d'en délimiter les impacts sur l'employeur, l'employé et le fiduciaire. À cet égard, à titre de fiduciaire, est-il raisonnable de réinvestir dans une seule entreprise?

Bien des questions restent sans réponse et l'évolution du traitement que fera l'ARC dans ce genre de dossier au fil des années se fera au compte-gouttes. Cet arrangement n'a pas beaucoup de preneurs à cause de sa relative nouveauté et des sommes minimales requises pour mettre sur pied cet arrangement (1 M\$). De plus, il n'est pas évident que chaque demande présentée à une institution financière se rendra à terme. L'une des institutions questionnées nous confiait avoir reçu pour tout le Canada environ 70 demandes. Moins de 20 dossiers ont finalement abouti à « l'arrangement ».

Le dossier est à suivre...

ANNEXE A**Coûts approximatifs et conditions habituellement à considérer**

Montant minimum d'emprunt :	900 000 \$.
Institutions prêteuses :	Les principales banques d'affaires canadiennes sont relativement ouvertes à ce genre de dossier pour leurs propres clients. Banque Manuvie offre aussi ce programme pour les détenteurs de contrats d'assurances détenus auprès de Manuvie ou d'autres compagnies si Manuvie a décliné le cas.
Financement possible :	Jusqu'à 90 % des actifs de la fiducie de CR. Toutefois, selon les choix de placements exercés par le fiduciaire, le montant obtenu pourrait ne pas dépasser 50 %.
Conditions d'emprunt :	Habituellement un taux variable. Pourrait aussi être un taux fixe pour une période de un à cinq ans. Le prêt sera consenti au taux de base plus : de 0,5 % à 1 %.
Caractéristiques du prêt :	Prêt à vue basé sur tous les actifs détenus par la fiducie de CR.
Garanties additionnelles possibles :	Endossement de la société opérante et/ou de FinanceCo, endossement personnel de l'individu. Cas par cas.
Frais de constitution de la fiducie de CR :	Entre 2 500 \$ et 5 000 \$.
Frais juridiques :	En plus des frais de CR traditionnels, les frais de document pour la cession des biens de la fiducie et des contrats ou autres titres et valeurs. Les banques chargent elles aussi au client les frais juridiques pour la révision des documents : 5 000 \$ à 7 500 \$.
Frais bancaires :	Révision des documents légaux : de 5 000 \$ à 13 000 \$ Ouverture de dossier : pourcentage du prêt : 0,75 % à 1,25 % avec un minimum d'environ 5 000 \$.
Frais bancaires annuels :	De 1/8 % à 1/4 % du solde du prêt.

Frais fiduciaires annuels :	Le plus élevé de : Montant minimum de 1 000 \$ à 1 500 \$ ou un pourcentage de la valeur globale de la fiducie de CR se situant entre 0,030 % et 0,050 %.
Frais actuariels :	Entre 500 \$ et 750 \$ par participant.
Frais divers :	L'employeur aura aussi à considérer des frais de montage de dossiers, de comptables, d'actuaire, de planificateurs financiers ou d'autres professionnels pour l'élaboration du produit final.
Remboursement du prêt :	Portion échelonnée annuellement ou en totalité avant le début du paiement des prestations par la fiducie de CR.

ANNEXE B

Les fonds corporatifs

Traditionnellement, lorsque l'on investit dans des fonds communs de placement non enregistrés, l'impôt doit être payé sur les distributions annuelles (intérêt et/ou dividende) ainsi que sur la portion des gains en capital des actifs négociés au cours de l'année. Seulement une portion des gains sera différée au moment de l'aliénation des unités détenues. Les fonds corporatifs quant à eux permettent de reporter ces impôts, et ce, tant que l'on demeure dans le groupe de fonds de la même famille (société). Cela permet de restructurer le portefeuille au fil des années lorsque le besoin s'en fait sentir, en raison de la conjoncture économique, de changements d'objectifs ou autres.

Comment cela fonctionne-t-il?

Un fonds commun de placement corporatif est structuré comme une société par actions plutôt que comme un fonds commun de placement traditionnel de type fiduciaire. En tant que société, le fonds commun de placement corporatif émet un certain nombre de catégories d'actions distinctes. Puisque la société est comme un fonds unique, on peut au besoin faire des virements entre les différentes catégories d'actions du fonds commun de placement corporatif. **Les virements ne sont pas considérés comme une disposition**, qui engendrent habituellement un gain ou une perte en capital. Un fonds commun de placement corporatif permet ainsi aux investisseurs de passer d'une catégorie de placement à l'autre sans compromettre la croissance du capital avec une facture annuelle d'impôt. Dans une fiducie de CR, cette disposition permettrait de différer les impôts jusqu'à la disposition finale. Il n'y aurait donc pas de versement annuel au CIR.

Cette souplesse convient parfaitement aux investisseurs qui souhaitent rééquilibrer régulièrement leur portefeuille ou en modifier la composition en fonction de leurs objectifs, et ce, sans devoir prendre leurs décisions en fonction de simples considérations fiscales qui, souvent, nuisent à l'efficacité du portefeuille.

Il faut préciser que les fonds communs de placement corporatifs font profiter d'un report d'impôts, pas d'une exemption. On sera donc tenu de payer un jour l'impôt applicable lorsque l'on rachètera les actions du

placement corporatif. La disposition donnera alors un revenu de distribution à 100 % imposable lorsque la fiducie les versera au bénéficiaire¹⁶.

¹⁶ Par. 207.5(1) L.I.R.

LE FINANCEMENT DES CONVENTIONS D’ACTIONNAIRES EN CAS D’INVALIDITÉ



Robert Laniel
Notaire, DESS Fisc.
Investissements Manuvie

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 45:3

1. TRAITEMENT FISCAL 45:3

1.1. INFLUENCE DU PAIEMENT DE LA PRESTATION SUR LA VALEUR
DES ACTIONS..... 45:4

1.2. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL 45:5

1.3. DÉDUCTIBILITÉ DES PRIMES 45:5

1.4. IMPOSITION DES PRESTATIONS 45:5

1.5. REMBOURSEMENT DE PRIMES..... 45:6

2. DÉTENTION PERSONNELLE OU CORPORATIVE 45:6

2.1. DÉTENTION PERSONNELLE 45:7

2.2. DÉTENTION CORPORATIVE 45:8

2.2.1.	Méthode du « billet à ordre ».....	45:8
2.2.2.	Rachat d'actions.....	45:10
2.3.	AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS LIÉS AU MODE DE DÉTENTION	45:11
3.	ASSURANCE DE PRESTATIONS DU VIVANT	45:12
3.1.	ASSURANCE INVALIDITÉ.....	45:12
3.2.	ASSURANCE MALADIES GRAVES.....	45:12
3.3.	LA POLICE VIE UNIVERSELLE.....	45:13
4.	COMMENTAIRES SUR LES PRODUITS D'ASSURANCE	45:14
4.1.	ASSURANCE INVALIDITÉ.....	45:14
4.2.	ASSURANCE MALADIES GRAVES.....	45:14
4.3.	DÉLAI DE CARENCE	45:15
4.4.	RISQUES ASSOCIÉS	45:15
	CONCLUSION	45:16

INTRODUCTION

Les conventions d'actionnaires prévoient presque toujours le transfert d'actions au décès d'un actionnaire. Bien que les statistiques démontrent que les risques de devenir invalide avant le moment de la retraite surpassent de beaucoup ceux d'un décès, le traitement de l'invalidité dans les conventions d'actionnaires fait souvent figure de parent pauvre. Pourtant, l'invalidité permanente d'un actionnaire peut fort bien, pour la société, être assimilée au décès de ce dernier.

Il est toutefois important de bien sensibiliser le client et les différents intervenants au dossier aux risques potentiels encourus et aux conséquences économiques engendrées tant par la société que par l'actionnaire. L'assurance invalidité est très différente de l'assurance vie, tant sur le plan de ses critères de qualification que sur le plan de sa structure de coût. Alors que cette dernière n'assure qu'une éventualité, le décès, l'assurance invalidité couvre un très grand nombre de circonstances qui donnent droit de percevoir une prestation.

Alors qu'un pourcentage élevé de personnes peut se qualifier pour de l'assurance vie, il en est autrement en assurance invalidité. C'est ainsi que le même client peut très bien être assurable en assurance vie mais être décliné en invalidité. De la même façon, il peut être accepté en assurance maladies graves et non en invalidité. Le risque de fraude en invalidité constitue certes un facteur aggravant n'étant pas étranger notamment au coût élevé des primes. Une autre explication peut venir du nombre plus restreint de représentants s'intéressant à ce domaine spécialisé et très technique de l'assurance.

Cette étude s'attardera aux différents mécanismes de financement des obligations d'achat-vente découlant de l'invalidité d'un actionnaire en ayant recours à l'assurance. Nous étudierons les applications liées à l'assurance invalidité pour le rachat d'actions, l'application possible de l'assurance maladies graves et l'utilisation possible de l'assurance vie universelle.

1. TRAITEMENT FISCAL

En invalidité, il n'y a pas d'équivalent à l'article 148 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹. Bien que des représentants de l'Agence du revenu du

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

Canada (ci-après « ARC ») aient laissé entendre qu'un projet de loi était à l'étude, l'encadrement législatif des prestations du vivant est plus ou moins absent. L'industrie de l'assurance a mis sur le marché des produits très créatifs et les réponses législatives tardent parfois à venir. C'est ainsi que les tenants et aboutissants sont souvent laissés à l'interprétation. En fait, nous ne disposons que des règles entourant les régimes d'assurance contre la maladie ou les accidents, les régimes d'assurance invalidité et les régimes d'assurance de sécurité du revenu² qui ne sont pas véritablement pertinentes à notre exposé. À moins d'un revirement de politique fiscale sans précédent, l'absence de dispositions législatives spécifiques et le traitement généralement accordé aux prestations d'assurance nous permettent de conclure que le produit d'une prestation d'invalidité, incluant le paiement d'une somme forfaitaire, ne serait pas imposable dans la mesure où les primes n'ont pas été déduites.

1.1. INFLUENCE DU PAIEMENT DE LA PRESTATION SUR LA VALEUR DES ACTIONS

Aux termes du paragraphe 70(5) L.I.R., la juste valeur marchande des actions sera déterminée immédiatement avant le décès. Le paragraphe 70(5.3) L.I.R. stipule que la prestation d'assurance vie admissible ne sera pas comptabilisée dans la valeur des actions, exception faite des valeurs de rachat. Il n'y a pas d'équivalent aux paragraphes 70(5) et 70(5.3) L.I.R. en matière de rachat en cas d'invalidité. Il serait très important d'avoir recours dans la rédaction de la convention à une clause excluant du calcul du prix des actions le montant des prestations reçues ou à recevoir. Il faudra également évaluer particulièrement les situations où les actionnaires ont un lien de dépendance³.

² Al. 6(1)a), 6(1)f), par. 56(1), 248(1) et art. 60 L.I.R., ainsi que AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-85R2, « Fiducie de santé et de bien-être au bénéfice d'employés », 31 juillet 1986; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-223, « Assurance-frais généraux vs. l'assurance-revenu », 26 mai 1975; AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-428, « Régimes d'assurance-salaire », 30 avril 1979.

³ Robert LANIEL, « Convention entre actionnaires – Le rachat au décès et en cas d'invalidité », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 27:1-28, par. 4.2., aux pages 27:25-26.

1.2. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL

L'alinéa 89(1)d) L.I.R. ne permet qu'à la prestation d'assurance vie⁴ d'être créditée au compte de dividendes en capital (ci-après « CDC »). Par conséquent, la réalisation d'une transaction latérale entre actionnaires alors que les polices d'assurance invalidité seraient détenues par la société pourrait poser problème. Nous verrons un exemple à cet effet ci-dessous. Bien évidemment, l'imposition du dividende versé devra être prise en compte et devrait certes avoir un impact important sur la planification adoptée, ainsi que sur la façon de structurer la transaction.

1.3. DÉDUCTIBILITÉ DES PRIMES

Dans un contexte de financement d'obligations d'achat-vente, l'acquittement des primes n'est pas une dépense engagée en vue de tirer un revenu d'entreprise ou de bien, il ne serait donc pas permis de les déduire. L'exception pouvant s'appliquer aux régimes d'assurance collective contre la maladie ou les accidents, aux régimes d'assurance invalidité et aux régimes d'assurance de sécurité du revenu ne s'applique aucunement à notre propos. Par conséquent, les primes, que la police soit détenue personnellement ou par une société, devront être acquittées à même le revenu net d'impôt.

1.4. IMPOSITION DES PRESTATIONS

Outre l'imposition des prestations payées dans le cadre d'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents, d'un régime d'assurance invalidité, d'un régime d'assurance de sécurité du revenu ou d'un régime privé d'assurance maladie⁵, la *Loi de l'impôt sur le revenu* est muette quant à l'imposition des prestations payées en cas d'invalidité. Généralement, on s'entend sur le fait que les prestations payées en vertu de polices d'assurance invalidité ou maladies graves, dont les primes n'ont pas été déduites et qui ne sont pas liées à l'un ou l'autre des régimes décrits précédemment, ne seront pas imposables.

⁴ Le capital assuré, plus la valeur du fonds d'accumulation, le cas échéant, moins le coût de base rajusté de la police.

⁵ S.-al. 6(1)a)(i) et 6(1)a)(f) L.I.R.

1.5. REMBOURSEMENT DE PRIMES

Malgré plusieurs demandes d'éclaircissement émanant de la Conference for Advanced Life Underwriting, de l'APFF ou de professionnels afin d'obtenir des précisions sur le traitement fiscal d'un tel remboursement, un projet de loi serait toujours à l'étude et l'ARC refuse de prendre position en ce moment. Cette situation amène le milieu à conclure que pour l'instant, dans l'état actuel du droit, dans le contexte où la prime de base et l'avenant de remboursement de primes n'ont pas été déduits comme dépenses et qu'ils ont été acquittés par le contribuable créancier d'un tel remboursement, celui-ci ne serait pas impossible. Ce dossier devra toutefois être suivi de près, car la situation peut évoluer rapidement. Il faudra vérifier, le cas échéant, l'étendue des règles « grand-père » qui pourront nuire aux planifications faites antérieurement.

Nous croyons toutefois qu'il pourrait en être autrement dans un contexte où le payeur de primes et le titulaire du contrat ayant droit au remboursement de primes seraient deux personnes différentes. Le même commentaire vaudrait lorsque le payeur de la prime de base et celui de l'avenant de remboursement de primes ne seraient pas une seule et même personne.

2. DÉTENTION PERSONNELLE OU CORPORATIVE

Avant d'aborder le sujet touchant à la détention des contrats d'assurance, rappelons ici le rôle de la convention d'actionnaires. Alors que les polices d'assurance sont mises en place pour assurer le financement des obligations d'achat-vente créées dans la convention, celle-ci assure également que les prestations reçues serviront effectivement au but pour lequel elles ont été mises en place en premier lieu. Ce pont permet ainsi à un actionnaire donné d'autoriser ses coactionnaires à détenir une police d'assurance sur sa personne en ayant la garantie que ceux-ci utiliseront les prestations à bon escient et dans le contexte d'une détention corporative, et d'être assuré que les actionnaires contrôlant la société ne pourront pas divertir l'usage des prestations d'assurance à d'autres fins.

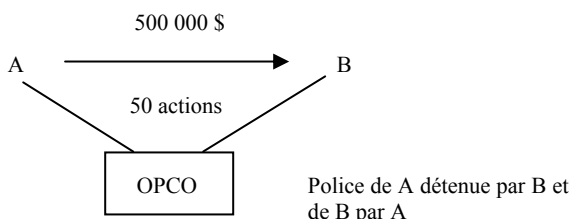
Dans tout montage juridique et financier, il est important de déterminer qui détiendra la ou les polices, qui en acquittera les primes et qui en sera bénéficiaire au moment de la réclamation. Par contre, la rédaction de la convention doit cependant laisser une certaine flexibilité permettant éventuellement de prendre la meilleure décision au moment de la réalisation de la transaction, eu égard aux lois en vigueur à ce moment et à la situation particulière de la société.

2.1. DÉTENTION PERSONNELLE

La détention personnelle d'une police d'assurance invalidité est vraisemblablement la méthode la plus simple tant juridiquement que fiscalement. Elle permet aux coactionnaires de l'actionnaire invalide de recueillir le montant de la réclamation et de l'utiliser pour faire l'acquisition de ses actions.

Exemple : A et B sont actionnaires d'OPCO. Chacun détient 50 actions ordinaires évaluées à 500 000 \$ dont le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») est égal à zéro. A détient une police d'assurance invalidité de 500 000 \$ dont B est l'assuré et vice versa. A devient invalide, donnant droit à B, en vertu de la convention d'actionnaires, de se porter actionnaire des actions de A. Par conséquent, en cas d'harmonie entre les polices émises et la convention d'actionnaires, une fois le délai de carence expiré, B recevra la prestation non imposable de la compagnie d'assurances et les actions de A seront transférées à B moyennant paiement du prix acquitté au moyen de la prestation reçue.

Structure corporative d'OPCO



Une telle transaction entre A et B générera un gain en capital de 500 000 \$ pour A, soit un gain en capital imposable de 250 000 \$, à un taux marginal de 48,22 %, une facture fiscale de 120 550 \$ et un montant net de 379 450 \$ après impôts pour A. Toutefois, cette transaction, dans l'éventualité où les actions sont des actions admissibles de petites entreprises (ci-après « AAPE »), pourrait permettre l'utilisation de l'exonération de gain en capital⁶.

⁶ Par. 110.6(1) « actions admissibles de petites entreprises » L.I.R.

2.2. DÉTENTION CORPORATIVE

La non-application de l'alinéa 89(1)d) L.I.R. et l'absence de crédit au CDC en prestations du vivant limitent l'attrait d'une détention corporative et plus particulièrement l'usage de la méthode du « billet à ordre » qui procure des avantages très intéressants en assurance vie.

Il faudra prendre soin de calculer les conséquences fiscales et financières liées aux choix exercés. L'avantage financier de détenir les polices par le biais de la société s'explique comme suit : le taux d'imposition des petites entreprises⁷ est inférieur à celui des particuliers⁸. Les primes n'étant pas une dépense admissible sur le plan fiscal, l'avantage saute aux yeux de nos clients entrepreneurs.

Prenons l'exemple d'une même prime payée par la société ou par l'actionnaire et examinons le montant de revenu brut nécessaire pour l'acquitter. Une prime de 10 000 \$ acquittée par la société imposée au taux des petites entreprises pour des revenus de 250 000 \$ ou moins monopolisera un revenu brut de 12 823,80 \$ avant impôts, alors que ce montant pour la même prime payée par un particulier taxé au taux marginal passera à 19 312,48 \$.

Bien que, *a priori*, cet avantage à lui seul ait tendance à éclipser tout autre argument, il serait prudent de ne pas s'arrêter à cet unique élément et de bien évaluer globalement tous les avantages et les inconvénients qui seront observés au moment de la réalisation d'une transaction, au moment précisément où les individus concernés risquent d'être potentiellement en situation conflictuelle.

2.2.1. Méthode du « billet à ordre »

Avant d'avoir recours à cette méthode⁹, il faudra évaluer les coûts associés au paiement d'un dividende imposable pour réaliser cette transaction et de la couverture excédentaire requise.

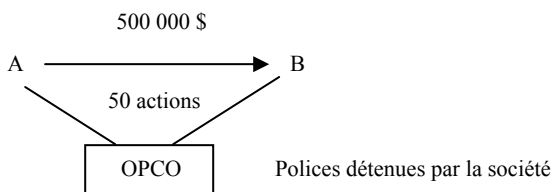
⁷ Au Québec, en 2004, les revenus de petites entreprises jusqu'à 250 000 \$ sont imposés à un taux combiné de 22,02 %.

⁸ Au Québec, en 2004, le taux d'imposition marginal combiné des particuliers est de 48,22 %.

⁹ Voir R. LANIEL, *op. cit.*, note 3, par. 2.1.2.3., aux pages 27:7-8.

Exemple : A et B sont actionnaires d'OPCO. Chacun détient 50 actions ordinaires évaluées à 500 000 \$ dont le PBR et le capital versé sont égaux à zéro. OPCO détient des polices d'assurance invalidité de 500 000 \$ dont A et B sont les assurés. A devient invalide, donnant droit à B, en vertu de la convention d'actionnaires, de se porter actionnaire des actions de A. Par conséquent, en cas d'harmonie entre les polices émises et la convention d'actionnaires, une fois le délai de carence expiré, OPCO recevra la prestation non imposable de la compagnie d'assurances et les actions de A seront vendues à B moyennant paiement du prix acquitté au moyen de la prestation reçue en ayant recours à la méthode du « billet à ordre ».

Structure corporative d'OPCO



Avant la transaction, OPCO est titulaire des polices d'assurance et créancière de la prestation payable à la suite de l'invalidité de A. On souhaite ici réaliser une transaction latérale entre A et B de sorte, notamment, à réaliser un gain en capital.

Voici succinctement les étapes qui seront suivies une fois la prestation d'invalidité encaissée par la société. A vendra ses actions à B pour la somme de 500 000 \$ et en acquittera le prix au moyen d'un billet à ordre du même montant. La transaction effectuée, B devient le seul actionnaire d'OPCO. Une fois que B sera enregistré dans les registres de la société comme étant le seul actionnaire, la prestation versée à OPCO fera l'objet d'un dividende imposable en faveur de B. Ce dernier utilisera ces liquidités afin de rembourser le billet émis précédemment. Dans la mesure où le capital assuré de la police émise n'était que de 500 000 \$, l'imposition du dividende procurera entre les mains de B une somme de 335 950 \$¹⁰ après impôts.

¹⁰ On se base ici sur le taux marginal combiné au Québec pour les dividendes qui, pour l'année 2004, en tenant compte du multiplicateur et des crédits d'impôt, correspond à 32,81 %.

Dans l'éventualité où on voudrait procurer à B un montant net après impôts de 500 000 \$ afin que ce dernier puisse acquitter en entier le prix des actions de A, il faudrait, au taux actuel d'imposition des dividendes¹¹, que le capital assuré de la police soit de 744 160 \$. Cela entraînerait inévitablement un coût de prime accru. Ce déboursé supplémentaire sur une dizaine, une quinzaine ou une vingtaine d'années pourrait s'avérer coûteux.

Cet argument à lui seul pourrait décourager l'usage de cette méthode. Toutefois, la transaction latérale résultant de cette opération est généralement un gain en capital (plus avantageux que le dividende déclenché lors du rachat d'actions décrit ci-dessous). De plus, dans la mesure où les actions sont des AAPE, l'actionnaire invalide pourra, le cas échéant, utiliser son exonération de gain en capital. D'autre part, le PBR des actions de A sera rajusté à la hausse du montant du prix de vente¹².

2.2.2. Rachat d'actions

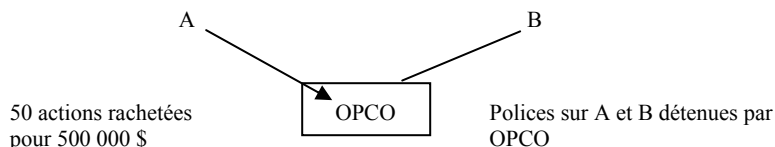
Le rachat d'actions est soumis au paragraphe 84(3) L.I.R. Un dividende réputé résulte de cette opération et représente le résultat de la différence entre la somme reçue au moment du rachat et le capital versé des actions ainsi rachetées. Le produit de disposition sera obtenu par l'excédent de la différence entre la somme reçue et le dividende réputé sur le produit de base rajusté de ces actions.

Exemple : A et B sont actionnaires d'OPCO. Chacun détient 50 actions ordinaires évaluées à 500 000 \$ dont le PBR et un capital versé sont égaux à zéro. OPCO détient des polices d'assurance invalidité de 500 000 \$ dont A et B sont les assurés. A devient invalide, donnant droit à OPCO, en vertu de la convention d'actionnaires, de racheter les actions de A. Par conséquent, en cas d'harmonie entre les polices émises et la convention d'actionnaires, une fois le délai de carence expiré, OPCO recevra la prestation non imposable de la compagnie d'assurances et les actions de A seront rachetées par OPCO moyennant paiement du prix acquitté au moyen de la prestation reçue.

¹¹ *Id.*

¹² Par. 53(1) et 40(3) L.I.R.

Structure corporative d'OPCO



Une telle transaction entre A et OPCO générera un produit de disposition nul et un dividende réputé¹³ de 500 000 \$ pour A qui, à un taux marginal pour les dividendes canadiens de 32,81 %, générera une facture fiscale de 164 050 \$ et un montant net de 335 950 \$ après impôts pour A.

Notons ici que, dans l'éventualité où les actions seraient des AAPE, cette transaction ne permettra pas l'utilisation de l'exonération de gain en capital. Par ailleurs, le PBR des actions de B ne sera pas touché par cette transaction puisque les actions de A sont annulées à la suite du rachat par la société. Dorénavant, toute la valeur de la société sera représentée par ses actions. Cela entraînera une double imposition au moment d'une disposition réelle ou réputée par B. Il faudrait par ailleurs examiner la possibilité pour la société de se qualifier pour un impôt en main remboursable au titre de dividendes.

2.3. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS LIÉS AU MODE DE DÉTENTION

En résumé, la détention personnelle comporte certains désavantages, notamment : les primes n'étant pas une dépense admissible, ces dernières devront être acquittées par les actionnaires à même leurs revenus personnels après impôts; une trop grande disparité d'âge, d'état de santé ou l'usage ou non de tabac pourrait créer une grande disparité sur le plan des primes payables. Soulignons également qu'un nombre plus important d'actionnaires pourra rendre fastidieuses l'émission et l'administration des polices nécessaires. En effet, un groupe de cinq actionnaires nécessiterait l'émission de 20 polices différentes.

Par contre, parmi les avantages, on retrouve notamment : la simplicité sur les plans fiscal et financier, la réalisation d'une transaction latérale

¹³ Par. 84(3) L.I.R.

permettant, le cas échéant, l'usage de l'exonération de gain en capital et la prestation qui ne sera pas le gage commun des créanciers de la société.

La détention corporative facilitera l'administration des polices d'assurance. Elle permettra l'utilisation des bénéfices non répartis pour l'acquittement des primes.

À la lumière de tous ces faits, il faudrait déterminer, en assurance invalidité, quel type de détention est le plus avantageux pour vos clients.

3. ASSURANCE DE PRESTATIONS DU VIVANT

3.1. ASSURANCE INVALIDITÉ

La police qui convient le mieux dans un contexte de rachat d'actions en cas d'invalidité est celle qui garantira qu'advenant une telle éventualité un montant forfaitaire prédéterminé sera déboursé, permettant ainsi d'acquitter le prix de vente des actions ou, tout au moins, un acompte substantiel.

Il serait particulièrement important en vue de la rédaction de la convention d'actionnaires de prendre connaissance des délais d'admissibilité stipulés dans la police et, le cas échéant, des exclusions qu'elle pourrait comporter. Il serait prudent d'harmoniser les dispositions de la convention avec celles de la police d'assurance, notamment sur le plan du délai de carence et des définitions d'invalidité.

3.2. ASSURANCE MALADIES GRAVES

Les principes de tarification des polices d'assurance maladies graves diffèrent de ceux de l'assurance invalidité. En effet, puisque le risque couvert est limité à des maladies prédéfinies, les conditions d'admissibilité sont différentes¹⁴ et généralement moins contraignantes. C'est ce qui explique notamment qu'une personne donnée déclinée en invalidité peut être approuvée pour une couverture de maladies graves. Par ailleurs, en assurance invalidité, les clients œuvrant dans certains secteurs d'activité, jugés plus à risque, pourront avoir certaines difficultés à trouver une compagnie d'assurances qui accepte de les couvrir. Ces difficultés peuvent se traduire en impossibilité de trouver des taux de primes raisonnables ou en impossibilité pure et simple. Les critères d'admissibilité différents en assurance maladies

¹⁴ On s'attardera davantage aux antécédents familiaux.

graves permettront à des clients, dont le secteur d'activité ne serait pas ou serait difficilement assurable, d'obtenir une telle couverture d'assurance.

Puisque le risque est limité, le montant des primes est donc réduit. Ce facteur attire la clientèle réticente à payer les primes pour une couverture en invalidité. Pour toutes les raisons précitées, et particulièrement avec les couvertures étendues qui assurent jusqu'à une quinzaine de maladies, plusieurs clients optent pour une police maladies graves dans le but de financer un rachat d'actions en cas d'invalidité.

Afin d'être admissible au paiement d'une prestation en assurance maladies graves, il faut survivre pendant un certain délai à compter du diagnostic de la maladie couverte. Il sera important de prendre connaissance des délais stipulés dans la police, des exclusions qu'elle pourrait comporter, le cas échéant, et de la liste des maladies couvertes. Il sera ici essentiel d'arrimer les obligations d'achat-vente de la convention avec les conditions qui sont couvertes par la police retenue afin d'éviter le déclenchement d'obligations d'achat-vente sans que le financement nécessaire soit au rendez-vous. Il y aurait lieu de prévoir des mécanismes différents pour les conditions couvertes par l'assurance et celles non couvertes.

3.3. LA POLICE VIE UNIVERSELLE

Comme vous le savez déjà, l'assurance vie universelle comprend un volet assurance et un volet épargne. À la suite de la réforme en vigueur depuis le 1^{er} décembre 1982, le volet épargne est bien encadré. Il existe un certain ratio à respecter entre les volets assurance et épargne afin de permettre à la police d'assurance vie de demeurer exonérée¹⁵.

La gamme importante des options de placement offerte au client lui donne un plus grand contrôle sur son fonds d'accumulation qui lui est accessible par le billet de retrait, d'emprunt sur police ou en consentant une hypothèque mobilière sur celle-ci en garantie d'un prêt consenti par une autre institution financière. L'intérêt de ce type de police est que tout montant de primes acquitté qui excède le montant du coût d'assurance et des divers frais est investi suivant les instructions du client.

Certaines polices d'assurance incluent le droit pour le titulaire, moyennant la production de preuves suffisantes, de recevoir une somme équivalente à la valeur de rachat en cas d'invalidité. Aux termes de l'alinéa

¹⁵ Par. 148(2) L.I.R.

148(9)h) L.I.R., « un versement en vertu d'une police, à titre de prestation d'invalidité [...] » est exclu de la définition de « disposition » d'un intérêt dans une police d'assurance. Nous croyons que cette exclusion est soumise à l'existence d'une clause spécifique apparaissant au contrat d'assurance vie. Cette disposition permet ainsi de récupérer les valeurs de rachat sans être assujettie à aucune imposition. Les sommes ainsi récupérées pourront permettre d'acquitter tout au moins une portion du prix des actions. On comprendra que les avantages de telles dispositions se feront sentir dans la mesure où le titulaire a maximisé le paiement de ses primes et qu'une accumulation importante s'est faite sur plusieurs années. Dans le temps, au moment où une telle valeur de rachat serait suffisante pour couvrir les besoins de rachat d'actions en cas d'invalidité ou que les primes d'assurance invalidité deviendraient trop onéreuses, celle-ci pourrait être appelée à prendre la relève.

4. COMMENTAIRES SUR LES PRODUITS D'ASSURANCE

4.1. ASSURANCE INVALIDITÉ

Les définitions des maladies ou des conditions donnant droit à la prestation prévue devraient être étudiées attentivement. Les polices mises en marché ne sont pas identiques et le droit à la prestation peut varier de façon importante.

Généralement, l'assurance invalidité fournira le meilleur type de protection. Toutefois, le mode de paiement de la prestation peut être forfaitaire, sous forme de versements mensuels ou une combinaison des deux. Dans l'une ou l'autre de ces dernières éventualités, il faudra traiter ces versements comme une modalité de paiement de prix de vente afin que ces versements soient imposés comme gain en capital et, le cas échéant, pouvant donner droit à l'application du sous-alinéa 40(1)a)(iii) L.I.R. permettant, lorsqu'un gain en capital est réalisé et que le prix de vente n'est pas entièrement reçu, de reporter l'imposition du gain en capital sur un maximum de cinq années, soit 20 % annuellement en réclamant une réserve.

4.2. ASSURANCE MALADIES GRAVES

Dans la mesure où l'on choisit les polices de type maladies graves, le nombre de maladies couvertes, le type de diagnostic exigé devront être pris en considération. Par ailleurs, un individu peut souffrir d'une crise cardiaque donnant droit à une prestation. Celui-ci pourrait être en convalescence pendant un mois ou deux et retourner par la suite au travail. Que fait-on de la prestation? L'individu n'est pas devenu invalide. Il est possible toutefois que

celui-ci diminue le nombre d'heures de travail. Il peut opter pour un départ à la retraite hâtif. Pourrait-on imaginer une structure qui permettrait de garder les sommes reçues en vue de ce départ à la retraite?

Dans le cas d'assurance maladies graves, il faudrait éviter de déclencher une transaction d'achat sans que le financement prévu soit au rendez-vous. On pourrait penser à n'appliquer les acceptations irrévocables qu'en cas de maladies et de conditions couvertes. Dans ces circonstances, les maladies ou les conditions non couvertes donneraient droit à une option d'achat. Il va sans dire que cette solution n'est pas à l'avantage de l'actionnaire invalide. Il y a place à la négociation.

4.3. DÉLAI DE CARENCE

En assurance invalidité, il peut être de 12, 18 ou 24 mois. Le délai de carence de deux ans est très répandu, la prime étant plus abordable et le délai souvent gérable par l'entreprise et l'actionnaire invalide qui serait, dans bien des cas, protégé par une assurance groupe invalidité court terme. Il est important, lors de la rédaction de la convention, de connaître les délais en question. Bien entendu, le choix d'un tel délai, lorsqu'il existe, devra tenir compte du dommage potentiel que subirait la société advenant l'invalidité d'un actionnaire clé et l'impact financier pour l'actionnaire invalide.

Évidemment, en assurance maladies graves, les délais sont beaucoup plus courts. Tel qu'il a déjà été mentionné, on se réfère ici à un délai de survie requis suivant le diagnostic qui variera en fonction de la maladie couverte. Il est généralement de 30 jours dans la plupart des cas et peut aller jusqu'à six mois.

Le marché canadien reste l'un des rares dans ce domaine qui offre des protections garanties. Dans de nombreuses juridictions, notamment en Europe et aux États-Unis, les compagnies d'assurances se réservent le droit d'annuler ou de ne pas renouveler les polices d'assurance maladies graves. Dans l'éventualité où le marché canadien de l'assurance s'alignerait sur cette tendance, il faudrait sérieusement reconsidérer l'usage de ce type de police dans le cadre d'une convention d'actionnaires.

4.4. RISQUES ASSOCIÉS

Le manque d'encadrement législatif et de positions administratives amène un élément de risque qu'il faut quantifier. Le traitement des polices d'assurance maladies graves et surtout des remboursements de primes devrait faire l'objet d'un projet de loi dans un avenir rapproché.

CONCLUSION

Comme vous êtes vous-mêmes en mesure de le constater, plusieurs éléments devront être pris en considération dans la rédaction de la convention d'actionnaires de vos clients et dans le montage financier sous-jacent. Il y a un amalgame de notions financières, fiscales, juridiques et même humaines qui devront être évaluées afin de guider et de conseiller votre client adéquatement.

MISE À JOUR SUR LA DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS ET INCIDENCES SUR LES STRATÉGIES FINANCIÈRES



Jean-François Pelland
Avocat, DESS Fisc.
Mendelsohn

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	46:3
1. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES	46:4
2. DÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES RÉCENTES	46:5
3. NOUVELLES MESURES LÉGISLATIVES	46:9
3.1. NOUVELLES DISPOSITIONS FÉDÉRALES	46:9
3.2. <i>BULLETIN D'INTERPRÉTATION</i> IT-533	46:11
3.2.1. Fin de l'emprunt	46:11
3.2.2. Définition de revenu	46:12
3.2.3. Restructuration d'emprunt	46:12
3.2.4. Utilisation des fonds	46:13
3.3. NOUVELLES DISPOSITIONS PROVINCIALES	46:13
4. INCIDENCES PRATIQUES DES NOUVELLES MESURES LÉGISLATIVES	46:15

INTRODUCTION

Sans trop d'exagération, l'auteur de ces lignes serait presque tenté d'affirmer que la déductibilité des intérêts a constitué et constitue toujours l'un des enjeux fiscaux majeurs de ce nouveau millénaire à en juger par la densité des changements jurisprudentiels, législatifs et doctrinaux qui sont survenus à ce sujet au cours des dernières années. D'ailleurs, au moment même d'écrire ces lignes, plusieurs débats de société font vraisemblablement toujours rage au sein de la communauté fiscale canadienne quant à l'introduction de nouvelles mesures législatives y relatives.

Or, dans l'intervalle, plusieurs praticiens demeurent aux prises avec des problèmes réels et cherchent des éléments concrets de solutions en relation avec la mise en place de nouvelles planifications financières comportant le paiement d'un intérêt sur de l'argent emprunté ou sont tout simplement inquiets du traitement fiscal qui sera réservé après l'année d'imposition 2004 quant à la déductibilité de l'intérêt payé en relation avec certaines planifications financières déjà en place.

L'objet du présent texte vise donc à tenter de synthétiser certaines règles d'application générale en matière de déductibilité des intérêts et qui découlent tant de la jurisprudence récente que des modifications législatives qui en ont résultées. L'auteur n'aura cependant pas la prétention de traiter de façon exhaustive de toutes les questions théoriques qui ont été débattues durant cette période tant devant les tribunaux qu'au ministère des Finances du Canada et du Québec mais tentera plutôt, après avoir effectué un bilan très sommaire des décisions récentes de la Cour suprême du Canada et des modifications législatives adoptées ou proposées, de dresser un portrait des résultats connus ainsi que des zones d'incertitude qui subsistent ou qui ont été créées, le tout afin de tenter d'éclairer le praticien appelé à implanter des stratégies financières impliquant le paiement d'intérêt.

Pour ceux qui désirent bénéficier d'une analyse plus technique de la question, l'auteur vous renvoie dans son infinie générosité à certains des nombreux textes parus durant les dernières années à cet égard, ayant largement inspiré la présente réflexion et ayant certes contribué à l'avancement du droit beaucoup plus que le présent texte¹.

¹ L'auteur tient à remercier M. Alain Laplante pour sa précieuse collaboration à la recherche de ce texte ainsi que M. Gilles Chevalier pour sa précieuse collaboration quant à sa structure. L'auteur suggère notamment la consultation des textes suivants, outre le texte de M. Alain Léonard présenté concurremment aux présentes dans le (à suivre...)

1. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES²

Comme nous le verrons ci-après, et tel qu'il a été confirmé par la Cour suprême dans la décision *Gifford c. Canada*³ dont nous traiterons subséquemment, même si les dispositions spécifiques de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴ traitant explicitement de la déductibilité de certains types d'intérêts ne constituent pas un code législatif exhaustif en la matière, il n'en demeure pas moins que la dispositions législative la plus fréquemment applicable à cet égard dans le cadre de la planification financière est celle prévue au sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R., qui se lit comme suit :

« 20. (1) Malgré les alinéas 18(1)a), b) et h), sont déductibles dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qu'il est raisonnable de considérer comme s'y rapportant :

c) la moins élevée d'une somme payée au cours de l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le

(... suite)

cadre du présent congrès : Mélanie BEAULIEU « Nature des dépenses d'intérêts : la Cour suprême du Canada se prononce », (2004), vol. 25 n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 389-399; CICA-CBA JOINT COMMITTEE ON TAXATION, « Submission on the October 31, 2003 Draft Proposal Regarding the Deductibility of Interest under Expenses »; Paul TAMAKI, « Interest deductibility », dans *2003 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004, pp. 1:1-19; John SAUNDERS, « The Empire Strikes Back—The Rebirth of the Reasonable Expectation of Profit Test », dans *2003 British Columbia Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2004; Jack BERNSTEIN, « Interest-Deductibility after Ludco and Singleton », *Tax Profile*, octobre 2001; Jean-Guillaume SHOONER, « Déductibilité des intérêts, des frais financiers et autres paiements de l'entreprises en difficulté », dans *Colloque – Créativité financière pour l'entreprise québécoise*, 132, Montréal, Association de planification fiscale et financière, pp. 3:1-52; Simon LABREQUE, « Nouveautés relatives à la déductibilité des intérêts », (2003), vol. 8, n° 4 *Stratégie* 46-47.

² Aux fins des présentes, nous avons uniquement reproduit les dispositions législatives fédérales, mais celles-ci incluent par référence le texte des dispositions législatives applicables au Québec, soit en l'occurrence principalement celui de l'article 160 de la *Loi sur les impôts* (L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »)). Sous réserve de tout commentaire particulier à l'effet contraire, les commentaires énoncés au présent texte s'applique *mutatis mutandis* quant à la déductibilité des intérêts aux fins du Québec.

³ [2004] C.S.C. 15 (ci-après « *Gifford* »).

⁴ L.R.C., (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

calcul de son revenu) et d'une somme raisonnable à cet égard, en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur :

(i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré ou pour contracter une police d'assurance-vie), [...] » (Notre soulignement)

Nous ne reprendrons pas ici l'analyse exhaustive de chacun des éléments de base de cette disposition qui a, par ailleurs, été effectuée par de nombreux auteurs par le passé, incluant notamment ceux mentionnés précédemment. Nous verrons cependant, à la suite de l'étude des décisions jurisprudentielles récentes effectuée ci-après, comment ces dispositions ou leur interprétation ont été ou se proposent d'être modifiées par les autorités législatives compétentes. Nous soulignerons également l'interaction entre la capacité d'un contribuable de pouvoir réaliser une perte constituée de l'excédent de l'intérêt payé (et qu'il était raisonnable de payer) sur le revenu provenant de l'investissement effectué avec l'argent emprunté à l'égard duquel ledit intérêt est payé afin de réduire par ailleurs le fardeau fiscal du contribuable relatif aux revenus d'autres sources.

2. DÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES RÉCENTES

Le tableau qui suit présente, par ordre chronologique, de façon extrêmement sommaire la jurisprudence récente rendue par la Cour suprême du Canada en relation avec la déductibilité des intérêts et est présenté simplement à des fins de rappel historique. Nous invitons le lecteur à prendre connaissance personnellement de chacune de ces décisions jurisprudentielles ainsi qu'à consulter l'un des textes de référence mentionnés précédemment afin d'en avoir une compréhension approfondie.

Parties	Résumé des faits et des principales questions en litige	Décision	Principaux principes établis
<i>La Reine</i> c. <i>Singleton</i> ⁵	Le contribuable effectue un retrait de capital de sa firme d'avocat, utilise le produit de son retrait afin de payer l'hypothèque de sa résidence principale et emprunte le même jour une somme équivalant au retrait de capital (et de l'hypothèque) afin de réinvestir au sein de son cabinet. Principale question en litige – l'intérêt payable quant à de l'argent emprunté à une fin admissible (injection de capital dans une firme professionnelle) est-il déductible bien qu'il remplace un intérêt payable à l'égard d'une fin non admissible (prêt hypothécaire) en considération de la théorie de la véritable commercialité de la transaction.	La Cour suprême a conclu que l'intérêt est déductible .	En l'absence de fraude, on doit considérer l'usage direct des fonds empruntés selon les transactions telles que structurées sur le plan strictement légal et non en essayant de trouver une fin économique véritable pour le contribuable.

⁵ [2001] 2 R.C.S. 1046 (ci-après « *Singleton* »).

Parties	Résumé des faits et des principales questions en litige	Décision	Principaux principes établis
<i>Ludco c. La Reine</i> ⁶	Le contribuable a encouru des intérêts à l'égard de l'argent emprunté afin d'acquérir des actions ordinaires dans le capital social de sociétés non résidentes structurées de telle façon que les fonds ainsi souscrits soient investis par les sociétés non résidentes afin de générer pour ses dernières un revenu d'intérêt assujéti à un impôt nominal ou inexistant et dont une portion minimale est dans les faits redistribuée au contribuable sous forme de dividende, le taux de dividende étant de beaucoup inférieur au taux d'intérêt payé sur l'argent emprunté, de façon que l'augmentation de valeur ainsi créée permette au contribuable de disposer ultérieurement des	La Cour suprême a conclu que l'intérêt est déductible .	Même s'il a été clairement établi que l'acquisition des actions ordinaires visait principalement à reporter l'impôt canadien et à convertir les revenus d'intérêt qui auraient été pleinement et annuellement imposables en un gain capital à taux d'inclusion moindre et à imposition différée par la réalisation à l'étranger de revenus imposés à un taux d'imposition inférieur tout en limitant le paiement de dividende au Canada, la Cour conclut que le sous-alinéa 20(1)c)(i) L.I.R., ne requérait pas que l'objet principal, exclusif ou dominant du contribuable soit de gagner un revenu mais qu'il suffisait qu'un tel revenu soit gagné même s'il était

⁶ [2001] 2 R.C.S. 1082 (ci-après « *Ludco* »).

Parties	Résumé des faits et des principales questions en litige	Décision	Principaux principes établis
	actions ordinaires de façon à réaliser un gain en capital substantiel.		combiné à la réalisation d'un gain en capital. La Cour établit de plus que ce sous-alinéa ne supporte pas l'interprétation requérant la réalisation d'un profit ou d'un revenu net, c'est-à-dire un revenu excédant le taux d'intérêt payé sur l'argent emprunté pour faire l'acquisition des actions ordinaires.
<i>La Reine c. Walls</i> ⁷ et <i>Stewart c. La Reine</i> ⁸	La déductibilité de l'intérêt relatif à l'achat d'un actif exploité à perte est contestée aux motifs que l'actif n'était pas exploité avec une expectative raisonnable de profit et, par conséquent, que l'argent emprunté n'avait pas été emprunté en vue d'obtenir une source de revenu.	La Cour suprême a conclu que l'intérêt est déductible .	En l'absence de l'existence d'un élément d'usage ou d'avantage personnel, la question de l'expectative raisonnable de profit ne se pose pas quant à l'existence d'une source de revenu et, par conséquent, les intérêts relatifs à de l'argent emprunté pour acquérir telle source de revenu,

⁷ [2002] 2 R.C.S. 684 (ci-après « *Walls* »).

⁸ [2002] 2 R.C.S. 645 (ci-après « *Stewart* »). Les faits et les motifs de ces deux causes étant passablement similaires, nous avons choisi de les présenter ensemble.

Parties	Résumé des faits et des principales questions en litige	Décision	Principaux principes établis
			même si elle ne satisfait pas au test de l'expectative raisonnable de profits, sont déductibles.
<i>Gifford c. Canada</i> ⁹	Le contribuable, un conseiller financier, a emprunté de l'argent pour acquérir la liste des clients d'un collègue. Les paiements ont été versés au titre du capital, mais les intérêts sont-ils déductibles?	La Cour suprême a conclu que l'intérêt n'est pas déductible .	La Cour établit qu'il s'agissait d'un paiement au titre de capital et non d'un paiement de nature courante, les alinéas 8(1)j) et 20(1)c) L.I.R. ne constituant cependant pas un code législatif complet relativement à la déductibilité des intérêts.

3. NOUVELLES MESURES LÉGISLATIVES

3.1. NOUVELLES DISPOSITIONS FÉDÉRALES

En réaction, notamment, aux décisions rendues dans les affaires *Singleton*, *Stewart*, *Walls* mais vraisemblablement surtout *Ludco*, mentionnées précédemment, le ministère des Finances du Canada publiait en date du 31 octobre 2003 un projet de modification à la *Loi de l'impôt sur le revenu* concernant la déductibilité des intérêts et d'autres dépenses liées à une source et, du même souffle, l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») publiait par la même occasion le *Bulletin d'interprétation* IT-533¹⁰ relatif à la déductibilité des intérêts et questions connexes.

⁹ *Gifford*, précité, note 3.

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003.

La nouvelle législation, qui est censée être effective pour les années d'imposition débutant après 2004, repose sur une approche générale qui peut sembler simpliste de prime abord mais qui, dans son essence, nous semble généralement contraire à l'approche jurisprudentielle généralement retenue par les tribunaux quant à l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En effet, plutôt que d'opter pour l'adoption de règles spécifiques et détaillées, le législateur semble avoir opté pour une approche laissant beaucoup de discrétion à l'ARC, en introduisant notamment l'un de ces « tests » d'expectative raisonnable de profit qui a fait, par le passé, la joie des avocats de litige et qui a parfois exposé certains contribuables moins fortunés ou moins renseignés à des avis de cotisation un tantinet contestables.

La législation proposée vise ainsi principalement à **limiter la déductibilité des pertes** découlant d'une source qui est une charge, un emploi, une entreprise ou un bien, en assujettissant telle déduction des pertes à un test annuel basé sur l'expectative raisonnable de tirer un bénéfice cumulatif de telle source durant la période au cours de laquelle elle est exploitée ou détenue ou pourrait raisonnablement l'être. À défaut de satisfaire à ce test, le contribuable sera réputé ne pas avoir réalisé de perte. Il est fort important de noter que cette notion de bénéfice cumulatif doit être interprétée **en ne tenant pas compte de la réalisation d'un gain en capital**.

Bien qu'elle ne s'adresse pas directement ni exclusivement en apparence à la déductibilité des intérêts, la nouvelle législation proposée risque cependant d'avoir un effet en relation avec la planification de transactions où un contribuable paie des intérêts sur de l'argent emprunté en vue d'acquérir une source de revenu dans la mesure où l'ARC pourrait, toujours *a posteriori*, et ce, à l'égard de chaque année d'imposition, substituer son jugement à celui du contribuable et conclure qu'une source à l'égard de laquelle il a emprunté des fonds ne puisse raisonnablement produire un bénéfice cumulatif et, partant, que la perte subie, par exemple dans le cas d'un paiement d'intérêt excédant le revenu tiré de telle source, n'existe pas et en conséquence n'aura pas à être utilisée par le contribuable afin de réduire son fardeau fiscal relatif à d'autres sources de revenus... on voit d'ici les avis de cotisation et d'opposition valser de toutes parts, avec intérêt et pénalités cumulés sur plusieurs années afin de gonfler l'enjeu et de faire travailler fiscalistes et avocats!

Cette nouvelle règle pourrait avoir un impact significatif important sur la décision de procéder à l'acquisition de certains types de biens ou d'entreprises, notamment ceux dont l'appréciation anticipée se matérialiserait par la réalisation ultime d'un gain en capital supérieur au coût

économique réel des intérêts payables sur l'argent emprunté (le taux d'inclusion du gain en capital étant inférieur à celui des autres types de revenus et la dépense d'intérêt étant normalement pleinement déductible à l'encontre, notamment, d'autres sources de revenus), que l'on pense notamment à la déduction d'intérêt payé en relation avec un emprunt utilisé pour financer l'acquisition d'immeubles locatifs d'appoint qui souvent constituent un fonds de retraite accessible à certains contribuables bien qu'engendrant initialement une perte répétitive mais qui pourra être ultimement compensée par la réalisation d'un gain en capital important lors de la disposition de l'immeuble. Dans ce contexte, la disparition de l'utilisation de la perte excédentaire représentera parfois, pour certains contribuables, l'élément dans la balance qui décidera donc de l'acquisition ou de la conservation de certains actifs dont la détention repose sur la réalisation d'un bénéfice à long terme financé en partie par des économies d'impôts à court terme... curieux incitatif que celui-là alors que, depuis plusieurs années, les politiques budgétaires fédérales tendent à favoriser la réalisation de gain en capital, notamment par la réduction de son taux d'inclusion au revenu imposable...

Nous traiterons d'ailleurs dans la section suivante du présent texte d'autres effets pratiques susceptibles de l'adoption des dispositions à l'étude à l'égard de planifications financières existantes ou envisagées qui devraient être considérés si elles étaient adoptées telles que présentées. Nous émettons cependant une réserve à savoir que, puisque de nombreux mémoires ont été présentés en relation avec ces propositions législatives par de nombreux groupes de fiscalistes, il est encore passablement tôt pour conclure à leur adoption définitive sous telle forme.

3.2. BULLETIN D'INTERPRÉTATION IT-533

Potentiellement en vue de rassurer les fiscalistes et les contribuables quant aux applications potentielles de la nouvelle législation et bien que celle-ci ne soit pas commentée dans ledit bulletin, le nouveau *Bulletin d'interprétation* IT-533 précise par ailleurs la pensée de l'ARC à la suite des différentes décisions jurisprudentielles étudiées plus haut. Sans reprendre le contenu intégral du bulletin, il est intéressant en matière de déductibilité d'intérêt de souligner certaines positions qui nous apparaissent dignes de mention.

3.2.1. Fin de l'emprunt

Au paragraphe 9 du bulletin, l'ARC reprend les conclusions de l'affaire *Ludco* et prévoit qu'un intérêt sera déductible si, compte tenu de toutes les

circonstances, le contribuable avait au moment de l'investissement une expectative raisonnable de revenu et que :

« en l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération, une fin accessoire poursuivie par le contribuable en effectuant l'investissement peut néanmoins constituer une fin réelle ou véritable, tout aussi susceptible de satisfaire la condition de déductibilité de l'intérêt que toute autre fin principale plus importante ».

Or, sans même reprendre certains de nos commentaires antérieurs relatifs aux dangers de l'utilisation d'un test d'expectative raisonnable (les tribunaux partageant généralement nos préoccupations à cet égard), il est à noter que l'une des conclusions importantes de l'arrêt *Stewart* selon laquelle il était présumé exister une expectative de revenu dans la mesure où une activité commerciale poursuivie ne comportait aucun aspect personnel, ne semble pas avoir été retenue par l'ARC.

3.2.2. Définition de revenu

Les paragraphes 10 et 31 du bulletin d'interprétation reprennent les conclusions de l'affaire *Ludco* voulant que la notion de revenu s'entende de toute somme qui entre dans le revenu imposable et non nécessairement d'un revenu net, c'est-à-dire un profit par lequel le revenu obtenu est supérieur au coût des dépenses engagées incluant les dépenses d'intérêt. D'ailleurs, au paragraphe 31 du bulletin, l'ARC mentionne par exemple qu'à l'égard d'un placement, incluant un instrument productif d'intérêts **ou de dividendes**, y compris des actions ordinaires, les dépenses d'intérêt ne seraient pas nécessairement refusées ou restreintes uniquement en fonction du fait que le revenu découlant du placement ne dépasse pas les frais d'intérêt.

Or, cette exigence de production d'un revenu nous semble déjà moins évidente à respecter à l'égard de l'acquisition d'actions ordinaires qui ne sont pas nécessairement dans les faits susceptibles de générer un revenu de dividendes, le tout tel qu'amplement souligné par les statistiques présentées par les procureurs des appelants dans l'affaire *Ludco* démontrant, notamment, qu'une très grande proportion des actions ordinaires cotées à la Bourse de Toronto n'offre aucune expectative raisonnable de recevoir des dividendes!

3.2.3. Restructuration d'emprunt

Le paragraphe 15 du bulletin, reprenant essentiellement le stratagème utilisé par l'affaire *Singleton* vient apparemment confirmer l'intention de l'ARC de donner effet à la décision de la Cour suprême à cet effet.

D'ailleurs, le paragraphe 16 du bulletin valide la pratique mise au point par certains contribuables d'utiliser des comptes distincts afin d'effectuer le suivi de l'argent emprunté pour s'assurer qu'il soit légalement reconnu comme afférent à une fin admissible.

3.2.4. Utilisation des fonds

Le paragraphe 17 du bulletin, sur la foi des décisions *Canada Safeway Ltd. c. MRN*¹¹, *Bronfman Trust c. Canada*¹² et *Shell Canada Ltd. c. Canada*¹³ indique que l'utilisation pertinente des fonds empruntés est l'utilisation actuelle et non pas l'utilisation initiale des fonds, ce qui sera d'autant plus le cas avec la nouvelle législation proposée. Or, il est intéressant de mentionner que l'affaire *Gifford* mentionnée plus haut contient une conclusion surprenante et à l'effet contraire selon laquelle « nous devons considérer, pour l'application de la loi, uniquement ce que l'emprunt représente pour l'emprunteur au moment où il l'obtient s'en avoir à examiner la façon dont il est dépensé »¹⁴. Tel que mentionné par un auteur¹⁵, cette décision semble défier les positions antérieures adoptées par la Cour suprême mais comme elle s'inscrit dans un contexte très particulier, soit celui d'un employé ayant emprunté de l'argent pour faire l'acquisition de la liste de clients d'un autre employé, nous ne croyons pas qu'elle sera susceptible de modifier la position de l'ARC telle qu'indiquée au *Bulletin d'interprétation* IT-533.

3.3. NOUVELLES DISPOSITIONS PROVINCIALES

Pour une rare fois, et à moins de développements ultérieurs contraires, le gouvernement du Québec s'adressait, quant à lui, à la question de la déductibilité des intérêts non pas en calquant sa législation sur la législation fédérale mais plutôt en adoptant de nouvelles mesures à l'occasion de son budget 2004-2005¹⁶ tel que présenté le 30 mars 2004.

¹¹ 57 D.T.C. 1239 (C.S.C.).

¹² [1987] 1 C.T.C. 117, 87 D.T.C. 5059 (C.S.C.).

¹³ [1999] 4 C.T.C. 313, 99 D.T.C. 5669 (C.S.C.).

¹⁴ *Gifford*, précité, note 3, 39.

¹⁵ Joseph FRANKOVIC, « Supreme Court's Decision on Interest Deductibility Defies Logic », (2004), n° 1673 *Tax Topics*, Toronto, CCH Canadian, p. 41-4.

¹⁶ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2004-2005, Discours sur le budget et Renseignements complémentaires*, 30 mars 2004.

Ainsi, au lieu d'importer un test de limitation des pertes utilisant la notion d'expectative raisonnable, le gouvernement du Québec a plutôt opté pour l'adoption de mesures limitant la déductibilité de certains frais de placement, incluant les intérêts payés sur les emprunts contractés pour acquérir des actifs productifs de revenu passif, et ce, **à l'exclusion des éléments déductibles pour gagner un revenu actif tel que le revenu provenant d'une entreprise ou de la location d'un bien.**

Sont ainsi visés par cette nouvelle mesure notamment, les intérêts payés sur un emprunt contracté pour acquérir des obligations, des actions, des unités dans des fiducies et des fonds communs de placement. Ainsi, les frais de placement déductibles pour une année d'imposition seront les frais de placement engagés pour gagner des revenus de placement, et ce, jusqu'à concurrence des revenus de placement qui auront été gagnés pour cette même année d'imposition. Les frais de placement qui ne pourront être déduits dans une année d'imposition donnée pourront être reportés à l'encontre des revenus de placement gagnés dans une des trois années d'imposition précédentes ou dans toute année d'imposition subséquente, et ce, dans la mesure où les revenus de placement gagnés dans l'une ou l'autre de ces années seront supérieurs aux frais qui auront été alors déduits.

Ainsi, notamment, les frais de placement, soit les frais d'administration de gestion, les frais de garde des actions ou des valeurs mobilières, les honoraires versés à des conseillers en placement, les intérêts payés sur les emprunts contractés pour acquérir des obligations, des actions, des unités dans une fiducie ou de fonds commun seront limités aux revenus de placement provenant notamment et globalement des dividendes imposables de sociétés canadiennes imposables, des intérêts de source canadienne, des gains en capital imposables non admissibles à l'exemption sur les gains en capital imposables, des revenus accumulés d'une police d'assurance vie, des revenus provenant d'une fiducie, etc. Cependant, il est à noter que les revenus provenant de la location d'un bien ne seront pas considérés comme des revenus de placement pour l'application de cette mesure.

Cette mesure est applicable à compter du 30 mars 2004, et ce, calculé proportionnellement pour l'année 2004 au nombre de jours écoulés depuis cette date. Une analyse préliminaire de ces positions budgétaires provinciales nous incite à conclure qu'elles apparaissent définitivement plus raisonnables et plus faciles d'application que les règles proposées par la législation fédérale en ce qu'elles permettent en apparence d'atteindre plus adéquatement l'objectif du législateur provincial qui est de s'assurer de la symétrie entre les sources de déduction et les sources de revenus.

Ainsi, il ne sera plus d'aucune utilité sur le plan provincial pour les contribuables québécois de tenter de participer à des stratagèmes visant à générer une dépense d'intérêt déductible en utilisant un véhicule de placement afin de générer une perte fiscale susceptible de réduire les impôts payables par ailleurs à l'égard d'autres sources de revenus tel un revenu d'emploi ou un revenu d'entreprise. De même, en n'excluant pas les gains en capital imposables et en permettant le report des pertes à d'autres années d'imposition, ces dispositions semblent davantage équitables pour les personnes qui désirent investir dans des titres qui ne génèrent pas un revenu immédiat mais qui seront susceptibles d'appréciation importante pouvant se matérialiser par la réalisation d'un gain en capital lors de leur disposition éventuelle.

Il est important de noter que ces nouvelles dispositions provinciales ne s'appliquent qu'aux particuliers et non aux sociétés par actions.

4. INCIDENCES PRATIQUES DES NOUVELLES MESURES LÉGISLATIVES

Le tableau qui suit présente un récapitulatif sommaire des incidences potentielles des nouvelles mesures législatives proposées et reflète, bien entendu, le lot d'incertitudes relatif au fait qu'elles ont été peu commentées par le législateur et qu'elles n'ont pas encore subi le test de l'usage et des tribunaux...

Particulier qui emprunte à 7 % d'intérêt pour investir

Investissement	Canada	Québec
Titres à revenus fixes (5 %)	Déductibilité limitée au revenu généré (5 %) par la source – excédent perdu	Déductibilité limitée aux revenus de placement de toutes sources – excédent reportable à l'encontre de revenus de placements d'autres années d'imposition
Actions ordinaires de compagnies publiques	Perte 100 % disponible contre revenus de toute source selon position administrative (IT-533) : 0 % disponible selon législation proposée	<i>Idem</i> à l'investissement précédent.

Investissement	Canada	Québec
Actions privilégiées (dividende de 5 %)	Déductibilité limitée au revenu généré (5 %) par la source – excédent perdu	<i>Idem</i> à l'investissement précédent.
Unité de fonds de croissance (gain en capital)	Déductibilité limitée au revenu généré (0 %) par la source – excédent perdu	<i>Idem</i> à l'investissement précédent.
Portefeuille diversifié (33 % act. 33 % div. 33 % int.)	Déductibilité limitée au revenu généré (3,33%) par la source – excédent potentiellement perdu (selon le type d'actions composant la partie actions)	<i>Idem</i> à l'investissement précédent.
Prête à compagnie exploitante (5% d'intérêt)	Déductibilité limitée au revenu généré (5 %) par la source – excédent potentiellement perdu à moins que la compagnie exploitante puisse constituer une source?	<i>Idem</i> à l'investissement précédent à moins que le prêt ne soit considéré comme visant à générer un revenu actif par la compagnie exploitante, auquel cas la perte pourra être utilisée à l'encontre de revenus de toutes sources
Actions ordinaires de compagnie exploitante	Perte 100 % disponible contre revenus de toute source selon position administrative (IT-533) : 0 % disponible selon législation proposée sous réserve du commentaire précédent	<i>Idem</i> à l'investissement précédent.

Investissement	Canada	Québec
Immeuble locatif générant des pertes d'exploitation avant intérêt	Aucune déductibilité de l'intérêt et perte non disponible	Perte 100 % utilisable à l'encontre de revenus de toute source, sauf si Revenu Québec nie l'existence d'une expectative raisonnable de profit...

En définitive, devant l'incertitude qui plane en relation avec la déductibilité des intérêts sur de l'argent emprunté ainsi qu'à la disponibilité de toute perte qui pourrait en résulter et qui pourront potentiellement varier selon le types d'actifs choisis et en raison du manque apparent de cohérence entre les objectifs fiscaux poursuivis par les différents paliers de gouvernement, il semble donc opportun, jusqu'à ce que des précisions législatives ou jurisprudentielles additionnelles aient été apportées afin de créer suffisamment de certitude, d'opter pour un certain degré de prudence à l'occasion de la composition de la répartition de l'actif, particulièrement lorsque celui-ci est réparti entre un particulier et diverses entités corporatives dont il détient le contrôle, en exerçant toujours un traçage adéquat de l'utilisation des sommes empruntées et, au besoin, en réorganisant la détention de certains éléments afin de s'assurer de maximiser l'utilisation de l'argent emprunté à des fins admissibles, et ce, afin de maximiser l'impact fiscal et le rendement de l'argent ainsi emprunté... Parions que nous aurons l'occasion de reparler plus amplement du sujet avec **intérêt** dans les années à venir...

REVUE DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE CONCERNANT LA RESPONSABILITÉ DES REPRÉSENTANTS



Julie Veilleux

Avocate

Donati Maisonneuve s.e.n.c., avocats

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	47:3
1. LES DÉCISIONS ÉMANANT DES TRIBUNAUX SUPÉRIEURS	47:3
1.1. <i>VÉZINA C. THÉBERGE</i>	47:3
1.2. <i>ASSELIN C. FONDS D'INDEMNISATION DES SERVICES FINANCIERS</i>	47:5
1.3. <i>BELL CANADA C. SCHRYER ET ASSURANCE ALLARD & MYRE INC.</i>	47:8
1.4. <i>PERRON C. SAMSON ET AUTRES</i>	47:10
2. LES DÉCISIONS EN MATIÈRE DISCIPLINAIRE	47:12
CONCLUSION	47:27

INTRODUCTION

À l'instar de notre collègue M^e René Vallerand qui, lors du Congrès 2002, avait fait état de différentes décisions émanant des tribunaux supérieurs en matière de responsabilité professionnelle¹, nous présentons aujourd'hui quelques décisions d'intérêt sur le sujet.

De même, nous avons répertorié l'ensemble des décisions rendues en matière disciplinaire de janvier 2003 à septembre 2004, afin de donner un aperçu juste de l'activité juridique. Nous nous sommes attardés sur les décisions comportant une déclaration de culpabilité et sur l'attribution d'une sanction. Nous avons regroupé ces décisions par thèmes en considérant également la fréquence des infractions reprochées.

1. LES DÉCISIONS ÉMANANT DES TRIBUNAUX SUPÉRIEURS

La jurisprudence récente émanant des tribunaux supérieurs continue d'illustrer l'importance du devoir de conseil des représentants.

Le travail effectué par le courtier comme conseiller de l'assuré est analysé dans ces décisions et on ne peut que réitérer l'importance de ce devoir de conseil.

Il va sans dire que la crédibilité des témoins en cause demeure un des éléments importants qui fait en sorte que le demandeur ait ou non gain de cause. Il faut cependant garder à l'esprit que les tribunaux n'hésitent pas à imputer aux représentants des responsabilités importantes, voire lourdes.

1.1. VÉZINA C. THÉBERGE²

- Dans cette affaire, la demanderesse poursuit l'intermédiaire de marché en assurance de personnes Théberge et sa compagnie d'assurances Lloyd's en responsabilité pour des dommages évalués à 104 479,46 \$. La demanderesse soutient qu'à cause de la faute du défendeur Théberge, elle n'a pu bénéficier du produit d'assurance vie de son conjoint, dont elle

¹ René VALLERAND, « La responsabilité professionnelle du représentant », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 50:1-18.

² R.E.J.B. 2003-42326 (C.S.).

était bénéficiaire, à cause du délai d'exemption de deux ans établi dans une clause de suicide de la police d'assurance en vigueur.

- Dans un premier temps, la demanderesse et son conjoint avaient souscrit en 1996 une police d'assurance vie de 100 000 \$ auprès d'Union-Vie par l'intermédiaire de Théberge. La demanderesse et son conjoint étaient bénéficiaires l'un de l'autre de l'indemnité d'assurance.
- En décembre 1997, Théberge est entré en communication avec la demanderesse et son conjoint afin de proposer le remplacement de leur police d'assurance par une autre auprès de La Maritime, au même montant.
- Au mois d'août 1999, le conjoint de la demanderesse s'est suicidé. Les deux polices d'assurance, celle d'Union-Vie et celle de La Maritime, contenaient une clause excluant toute indemnité en cas de suicide à l'intérieur d'un délai de deux ans de la date de souscription.
- Dans les faits, la mort du conjoint de la demanderesse est survenue plus de deux ans après la souscription de la première police d'assurance vie, celle émanant d'Union-Vie, mais à l'intérieur du délai de deux ans de la souscription de la police auprès de La Maritime.
- La demanderesse affirme ne pas avoir été informée par Théberge que le délai de deux ans en cas de suicide recommençait à courir lors de la souscription de la nouvelle police en décembre 1997. De plus, elle n'a obtenu l'état comparatif des deux polices qu'une fois survenu le suicide de son conjoint.
- Au procès, la demanderesse témoigne que si elle avait su que le délai de deux ans recommençait à courir à compter de la souscription de la deuxième police, elle n'aurait jamais accepté de changer d'assureur. En effet, la demanderesse a témoigné que peu de temps avant la souscription de la deuxième police d'assurance, elle avait appris que son conjoint avait déjà fait une tentative de suicide.
- Théberge, quant à lui, témoigne qu'il a expliqué à plusieurs reprises la clause de deux ans en cas de suicide et affirme avoir livré l'état comparatif à la demanderesse et à son conjoint au moment de la livraison du contrat avec La Maritime.
- Il affirme que la demanderesse et son conjoint ont signé un état comparatif en blanc et qu'il s'agit là d'une pratique courante qui lui

permet de vérifier les composantes de l'assurance en vigueur *versus* la nouvelle assurance recommandée aux clients.

- Se référant au *Règlement du conseil des assurances de personnes sur les intermédiaires de marché en assurance de personnes* à l'article 111, la juge Moreau en vient à la conclusion que Théberge a agi en dérogation au règlement.
- Elle se prononce par ailleurs sur la crédibilité de la demanderesse par opposition à celle de Théberge, notamment quant au moment où elle a vu l'état comparatif complété pour la première fois, à savoir avant ou après le décès de l'assuré. C'est la version de la demanderesse qui est retenue.
- Par ailleurs, la juge commente le fait que Théberge favorisait normalement la vente de produits de la compagnie Union-Vie à cause de sa relation avec cet assureur.
- La juge en vient à la conclusion que c'est à cause de la faute de Théberge que la demanderesse s'est vue privée de l'indemnité découlant du décès de son conjoint, à savoir 100 000 \$ et condamne par conséquent Théberge à payer le montant de l'indemnité, de même que les intérêts et l'indemnité additionnelle.

1.2. **ASSELIN C. FONDS D'INDEMNISATION DES SERVICES FINANCIERS**³

- Cette affaire a été rendue nécessaire à la suite de neuf décisions du Fonds d'indemnisation des services financiers (ci-après « Fonds d'indemnisation ») qui a rejeté la réclamation des neuf demandeurs. Les faits sous-jacents à leur réclamation sont les suivants.
- Entre mai 1998 et mai 1999, Bouchard est détenteur d'un certificat d'intermédiaire de marché en assurance de personnes et d'un permis en épargne collective. Il n'est cependant pas autorisé à utiliser le titre de planificateur financier, n'ayant pas obtenu du Conseil des assurances l'autorisation à cet égard. Son entreprise, Centre Financier Global, est une compagnie dont il est actionnaire et administrateur mais qui n'est cependant pas inscrite comme cabinet ni auprès du Conseil des assurances de personnes ni au Bureau des services financiers (ci-après « BSF »).

³ [2003] R.J.Q. 2122 (C.S.).

- Bouchard conseille aux demandeurs d'investir dans un véhicule de placements inusité appelé « programme court ». Selon les représentations de Bouchard aux investisseurs, le placement est d'une durée de 15 à 16 semaines, le capital investi est garanti et le rendement varie entre 50 % et 71 %.
- Selon les représentations de Bouchard, le seul risque encouru par les demandeurs est la perte des intérêts durant la durée du programme qui s'avère être un *show money*. Il doit, pour que le projet fonctionne, rassembler 1 M\$ et déposer le tout dans un compte en fidéicommiss à Chicoutimi, compte dans lequel l'argent doit demeurer en tout temps.
- Les neuf demandeurs investissent des montants variant de 18 000 \$ à 330 000 \$ dans le « programme court » et les investissements sont faits par chèques à l'ordre de Centre Financier Global en fidéicommiss.
- À l'échéance dudit « programme court », quelques-uns des demandeurs demandent des comptes à Bouchard qui leur conseille de ne pas retirer leur argent tout de suite.
- Pendant plusieurs mois, les demandeurs maintiennent leur investissement dans le « programme court » et chaque fois que l'un d'eux s'informe auprès de Bouchard de son investissement, il le rassure et le convainc de ne pas retirer ses placements.
- À un moment donné, un des demandeurs rencontre par hasard Bouchard qui explique que l'argent des investisseurs est rendu dans un compte à Québec chez un dénommé Sirois. Cet investisseur se rend à Québec pour rencontrer Sirois qui lui explique qu'il n'a jamais eu l'argent.
- Cet investisseur demande donc à rencontrer les autres investisseurs pour les mettre au courant et ensemble, ils réalisent que les montants confiés à Bouchard ont été retirés du compte en fidéicommiss de Centre Financier Global et que les montants se trouvaient dans des comptes de banque détenus par des tiers dans la ville de Québec.
- Peu de temps après, Bouchard fait cession de ses biens et Centre Financier Global ferme ses portes.
- Les demandeurs ont donc déposé une réclamation au Fonds d'indemnisation avec pièces justificatives à l'appui. Le Fonds d'indemnisation rejette chacune des réclamations pour deux motifs :

- l'investissement offert par le représentant ne fait pas partie de la gamme de produits ou de services dont l'offre n'était encadrée ni par la *Loi sur les intermédiaires de marché*⁴ ni par la *Loi sur la distribution des produits et services financiers*⁵;
 - les faits générateurs de responsabilité ne se situent pas dans la limite des activités autorisées par le certificat d'exercer son assurance de personnes, délivré en vertu de la *Loi sur les intermédiaires de marché*, plus particulièrement en ce qui concerne la nature des produits et des services offerts pour lesquels les montants ont été investis.
- Le Fonds d'indemnisation est donc d'avis que le « programme court » de Bouchard n'est pas couvert par la législation applicable et, par conséquent, le Fonds d'indemnisation ne peut être appelé à indemniser les investisseurs.
 - Dans un premier temps, la Cour en vient à la conclusion que c'est la *Loi sur les intermédiaires de marché* qui trouve application et soulève l'article 175 qui fait état de deux conditions pour avoir droit à l'indemnisation :
 - a) les sommes doivent être remises à un intermédiaire de marché; et
 - b) la commission d'une faute, d'une opération malhonnête ou d'un détournement de fonds.
 - La prétention des demandeurs montre que le Fonds d'indemnisation, en refusant d'indemniser les demandeurs en qualifiant le produit offert par Bouchard, ajoutait une troisième condition non prévue à la loi et par conséquent illégale.
 - La Cour examine attentivement le statut de Bouchard qui était, à l'époque pertinente au litige, un courtier en assurance de personnes. Il détenait aussi un permis d'assurance collective.
 - Ce sont ces seules activités qui permettaient aux victimes de Bouchard d'adresser une réclamation au Fonds d'indemnisation. Ce n'est pas dans

⁴ L.R.Q., c. I-15.1.

⁵ L.R.Q., c. D-9.2.

le cadre d'une souscription à un contrat d'assurance vie que les demandeurs ont fait affaire avec Bouchard, mais bien dans le cadre d'un investissement à caractère hautement spéculatif, et donc en marge de son certificat d'intermédiaire de marché en assurance de personnes.

- Les demandeurs invoquent le fait qu'il est difficile pour eux de se retrouver dans les différents titres, permis, produits, etc. et qu'ils auraient dû pouvoir se fier à la compétence de Bouchard, sans vérifier s'il agissait à l'intérieur des paramètres de son permis d'exercice.
- La Cour en vient à la conclusion que le Fonds d'indemnisation a eu raison de prendre en compte le contexte général de la loi, qui vise à protéger le public dans le cadre des activités et des actes posés par les personnes titulaires de certificats émis par les autorités compétentes.

1.3. *BELL CANADA C. SCHRYER ET ASSURANCE ALLARD & MYRE INC.*⁶

- Le dossier impliquant Bell Canada et Schryer s'est réglé hors cour par le paiement d'un montant de 12 000 \$ en capital, intérêts et frais par le défendeur. Ce dossier avait trait au coût des travaux de décontamination d'installations téléphoniques de la demanderesse à la suite d'un sinistre survenu en 1999.
- Ce défendeur se pourvoit en garantie contre son courtier d'assurances, Assurance Allard & Myre inc., concernant le montant payé dans l'action principale.
- Les travaux de décontamination avaient été rendus nécessaires à cause d'une fuite du réservoir d'huile servant à chauffer le garage de Schryer.
- Le risque de pollution causé par l'échappement de polluants était spécifiquement exclu de la police d'assurance habitation de Schryer. Ce dernier l'avait acquise par l'intermédiaire d'Assurance Allard & Myre inc.
- Schryer reproche à son courtier d'assurances de ne pas avoir rempli son mandat avec l'habileté requise par un professionnel et d'avoir commis une faute dans l'exécution de son mandat en omettant de l'informer à l'égard d'une exclusion au contrat. Il est d'avis que la défenderesse a manqué à son devoir de renseignement, surtout qu'en 1997, il avait

⁶ R.E.J.B. 2003-43278 (C.Q.).

dénoncé à son courtier le fait qu'il avait dû remplacer un réservoir d'huile sur sa propriété en raison d'une fuite.

- Assurance Allard & Myre inc. refuse de payer la réclamation en disant qu'elle n'a commis aucune faute, puisqu'elle n'a pas été informée que Schryer avait procédé à l'installation d'un nouveau réservoir d'huile. Elle prétend qu'elle a fourni à Schryer la protection d'assurance qu'il recherchait, compte tenu des déclarations qu'il avait faites.
- La Cour se demande donc si la défenderesse a commis une faute dans l'exécution de son mandat et si telle faute a causé les dommages réclamés.
- La Cour fait état dans sa décision de la preuve contradictoire qui a été faite. D'un côté, Schryer et son épouse témoignent qu'ils étaient très soucieux d'être assurés convenablement en cas de sinistres causés, entre autres, par le réservoir d'huile.
- La défenderesse, par l'intermédiaire d'une représentante qui n'est pas courtier, mais préposée à la clientèle, témoigne plutôt qu'elle n'a eu aucune discussion avec Schryer et son épouse concernant un chauffage secondaire ou un réservoir d'huile.
- De plus, la preuve est faite qu'au moment du renouvellement de la police d'assurance habitation en 1994, l'assureur a modifié la couverture afin d'exclure spécifiquement le risque de pollution tant à l'égard des biens assurés qu'en regard de la responsabilité liée à ce risque.
- La défenderesse prétend avoir envoyé à Schryer un document émanant de l'assureur attirant l'attention des nouveaux assurés sur cette exclusion et le demandeur, de son côté, prétend n'avoir jamais reçu cet avis.
- Après avoir évalué la crédibilité des témoins en cause, la Cour en vient à la conclusion qu'il incombait au courtier, à titre de mandataire de l'assureur, d'indiquer à l'assuré la nature des changements apportés au contrat, soit l'exclusion au risque de pollution.
- Lorsque le demandeur a dénoncé ses problèmes reliés au réservoir en 1997, la représentante de la défenderesse aurait dû attirer l'attention du demandeur sur l'exclusion de la police relativement à la pollution, afin de lui permettre de prendre une décision éclairée sur sa couverture d'assurance. En omettant de le faire, elle a manqué à son devoir de conseillère de renseignement.

- L'action en garantie contre Assurance Allard & Myre inc. est donc accueillie.

1.4. PERRON C. SAMSON ET AUTRES⁷

- Les frères Perron poursuivent le représentant d'épargne collective, M. Samson, à la suite d'une perte financière qu'ils attribuent à un geste posé par Samson dans le cadre de son mandat.
- Les frères Perron opèrent avec un troisième frère une entreprise familiale de construction générale. Un des deux frères est comptable, l'autre est ingénieur, et tous les deux possèdent des actions cotées à la Bourse. Ils font affaire avec des courtiers en valeurs mobilières.
- Depuis plusieurs années, les deux frères détiennent des certificats de placement garanti auprès de La Maritime et c'est par l'agent général de La Maritime que les frères Perron sont adressés à Samson.
- En 1991, Samson rencontre les frères Perron à quelques reprises et Samson identifie leurs besoins.
- Samson offre ensuite différents produits aux frères Perron étant donné que leur contrat avec La Maritime n'est ni plus ni moins qu'un certificat de placement garanti à l'intérieur d'un régime enregistré d'épargne-retraite. Les dépôts des frères viennent à terme et vu que les taux d'intérêt ne sont plus ce qu'ils étaient, des discussions ont lieu entre les frères Perron et Samson quant à leurs attentes comme investisseurs. Ils souhaitent détenir un portefeuille prudent et Samson leur suggère des fonds distincts.
- Les frères Perron transfèrent la totalité de leurs placements garantis dans ces fonds.
- Un pourcentage de 40 % est transféré dans un fonds équilibré et 60 % dans un fonds d'obligation pour l'un des frères, et pour l'autre, 30 % dans un fonds équilibré et 70 % dans un fonds d'obligation.
- Entre 1991 et 1994, Samson fait un suivi auprès des frères Perron à raison de deux ou trois fois par année par téléphone, en plus d'une rencontre à chaque année.

⁷ [2002] B.E. 784 (C.S.).

- En 1994, Samson discute du marché avec ses clients et attire leur attention sur le fait que les taux d'intérêt ont commencé à baisser énormément et qu'il est beaucoup moins intéressant d'avoir des fonds d'obligation.
- Du même souffle, Samson suggère une modification à la composition du portefeuille, suggestion qui est acceptée tant par l'un que par l'autre frère Perron.
- Des instructions sont donc transmises à Samson pour que toutes les unités du fonds d'obligation du premier frère soient transférées dans les fonds du trésor et que 60 % du fonds d'obligation de l'autre frère soit transféré dans les fonds du trésor.
- Les transactions sont signées, les années passent et en juillet 1996, Samson transfère la totalité des placements des deux frères dans des fonds du marché monétaire.
- Peu de temps après avoir été informés de cette transaction, les frères Perron communiquent avec Samson qui confirme avoir mis leurs fonds à l'abri parce qu'il appréhendait un « crash » potentiel.
- Il informe les frères Perron que son intention est de racheter lorsque le marché sera au plus bas, après le « crash ».
- Dans les mois suivants, les frères Perron communiquent avec Samson pour savoir où en sont rendus leurs investissements.
- Un des deux frères apprend que Samson a placé son investissement dans quatre fonds différents sans lui en parler. Perron est mécontent et l'exprime à Samson.
- Quelques mois plus tard, les frères Perron retirent le mandat qu'ils avaient confié quelques années plus tôt à Samson.
- Les frères Perron prétendent qu'en juillet 1996, lorsque Samson a transféré leurs investissements afin de les mettre à l'abri d'un « crash » potentiel, il a commis une erreur majeure dans la gestion de la répartition de leur portefeuille.
- La question en litige est de déterminer si Samson est responsable des dommages subis par les frères Perron.

- Samson détient un permis de courtier en assurance, qui lui permet également de vendre des fonds distincts. Il possède aussi un permis en épargne collective. En 1993, il obtient le titre de planificateur financier, en 1995, un certificat d'intermédiaire de marché en assurance de personnes et enfin, en 1996, le titre d'assureur vie agréé.
- La Cour réitère que Samson est tenu d'agir avec honnêteté et loyauté dans ses relations avec les clients. Il doit par ailleurs agir avec compétence et professionnalisme conformément à l'article 16 de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*.
- La Cour qualifie le contrat qui lie Samson aux Perron comme un mandat. Les règles du mandat qui se retrouvent au *Code civil du Québec*⁸ trouvent donc application.
- La notion de prudence et de diligence dans l'exécution du mandat est reprise par le *Code civil du Québec*, tout comme celle d'honnêteté et de loyauté.
- Des experts sont entendus par la Cour et, de part et d'autre, ils font valoir différentes notions pour évaluer la méthode d'investissement proposée.
- La Cour en vient finalement à la conclusion que Samson a agi selon la philosophie de placement des frères Perron. Il n'a fait aucune transaction inutile ou dans son propre intérêt et il a agi avec prudence et diligence en tentant de protéger le capital des frères Perron avec loyauté et honnêteté. L'action contre lui est rejetée.
- Enfin, la Cour émet un commentaire selon lequel ce n'est qu'après que les frères Perron aient été sollicités par une autre représentante en épargne collective qu'ils ont démontré pour la première fois leur mécontentement à l'égard de Samson.
- Cette affaire a été portée en appel par les frères Perron, mais il y a eu désistement devant la Cour d'appel quelques mois plus tard.

2. LES DÉCISIONS EN MATIÈRE DISCIPLINAIRE

Nous avons regroupé sous quatre thèmes les infractions les plus souvent reprochées, de même que les sanctions s'y rattachant.

⁸ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »).

Dans un premier temps, nous avons répertorié 43 décisions faisant état de défaut du représentant dans l'exécution du mandat confié par son client. Ces décisions ont entraîné la plupart du temps des sanctions telles la réprimande et l'amende et, de façon exceptionnelle, la radiation temporaire allant de six mois à trois ans.

À noter que dans quelques-unes des décisions, un cours de formation obligatoire a été décrété.

Douze décisions ont été rendues impliquant une contravention du courtier dans le cadre de sa relation avec l'assureur. Ces infractions ont entraîné des sanctions allant de la réprimande à la radiation temporaire de six mois. Cependant, il est à noter que l'amende est la sanction la plus souvent imposée pour ce type de contravention. Les amendes varient entre 1 600 \$ et 8 500 \$.

Onze causes ont impliqué la falsification ou la contrefaçon de documents. Dans neuf d'entre elles, la falsification ou la contrefaçon était un des nombreux chefs d'infraction. Dans deux de ces causes, la radiation permanente a été prononcée et dans les sept autres, la radiation a été temporaire.

Enfin, neuf causes traitent de l'appropriation de fonds et ces causes entraînent toutes une radiation temporaire de trois mois à une radiation permanente.

Le tableau qui suit reprend un à un les dossiers dans lesquels une déclaration de culpabilité et une sanction ont été prononcées. Les dossiers précédés d'un astérisque indiquent qu'ils ont été répertoriés sous plus d'un thème.

Défaut du représentant dans l'exécution du mandat confié par son client		
CD00-0442 (19 juin 2003)	- Explications incomplètes - Défaut de retourner les appels du client	- Réprimande - Amende de 4 000 \$
CD00-0460 (14 juillet 2003)	- Soumettre une proposition à l'insu d'un assuré et/ou soumettre une proposition pour une personne fictive et/ou fournir de faux renseignements	- Réprimande

CD00-0486 (31 octobre 2003)	- Défaut d'avoir mis à jour le profil d'investisseur	- Amende de 1 000 \$
CD00-0502 (29 septembre 2003)	- Défaut de compléter un profil d'investisseur	- Amende de 2 000 \$
CD00-0397 (13 août 2003)	- Défaut de s'assurer de connaître la situation financière et personnelle et les objectifs de placement du client - Procéder à des transferts dans des placements risqués alors qu'il n'avait pas de profil d'investisseur	- Réprimande
*CD00-0417 (24 juillet 2003)	- Remplacement sans préavis - Acheminer tardivement aux assureurs la proposition (deux mois plus tard)	À venir
*CD00-0416 (24 juillet 2003)	- Remplacement sans préavis - Acheminer tardivement aux assureurs la proposition (deux mois plus tard)	À venir
CD00-0428 (24 juillet 2003)	- Défaut d'analyse des besoins financiers - Informations ou explications incomplètes, trompeuses ou mensongères	- Amende de 1 000 \$ - Radiation temporaire de trois ans - Publication d'un avis de la décision dans un journal local
*CD00-0495 (5 avril 2004)	- Défaut d'analyse des besoins financiers - Défaut d'indiquer l'existence d'une autre police - Défaut de remplir un préavis de remplacement	- Amendes de 6 000 \$ - Réprimande - Cours de formation obligatoire
CD00-0525 (17 mars 2004)	- Remplacement sans état comparatif	- Amende de 1 500 \$

*CD00-0506 (21 janvier 2004)	- Remplacement sans état comparatif - Défaut de divulguer l'existence d'un contrat en vigueur	- Amendes de 2 500 \$
CD00-0487 (8 août 2003)	- Défaut de compléter un préavis de remplacement en même temps que la proposition - Défaut d'analyse des besoins financiers - Défaut de favoriser le maintien en vigueur de la police	- Amendes de 3 600 \$ - Cours de formation obligatoire
*CD00-0487 (8 août 2003)	- Remplacement sans état comparatif - Absence d'analyse des besoins financiers - Remplacement non dans l'intérêt de l'assuré/ne pas avoir favorisé le maintien en vigueur - Défaut de fournir aux assureurs les renseignements d'usage	- Amendes de 3 600 \$ - Cours de formation obligatoire
*CD00-0450 (14 juillet 2003)	- Remplacement non dans l'intérêt de l'assuré/ne pas favoriser le maintien en vigueur - Défaut d'exercer ses activités avec intégrité - Mauvaise exécution du mandat - Défaut de divulguer l'existence d'un contrat en vigueur - Remplacement sans état comparatif	- Amendes de 5 600 \$
*CD00-0405 (16 août 2003)	- Soumettre une proposition à l'insu de l'assuré - Informations ou explications incomplètes, trompeuses ou mensongères - Défaut de remettre les documents au client - Défaut de divulguer l'existence d'un contrat en vigueur - Remplacement sans état comparatif	- Amendes de 7 500 \$ - Radiation temporaire de six mois - Réprimande - Publication d'un avis de la décision dans un journal local

*CD00-0461 (27 avril 2004)	- Avoir fait souscrire des plans de bourses d'études sans avoir rencontré les clients (chefs 1, 4 et 5) - Avoir fait souscrire des plans de bourses d'études contenant des informations erronées (chefs 2 et 3)	- Radiation temporaire d'un an sur chaque chef (total de cinq ans) - Publication de la décision dans un journal local
CD00-0437 (1 ^{er} mai 2003)	- Défaut d'agir en conseiller consciencieux et de s'acquitter de son mandat	- En appel
CD00-0456 (29 juillet 2003)	- Mauvaise exécution du mandat (quatre chefs)	- Amende de 6 000 \$ - Cours de formation obligatoires
CD00-0501 (13 août 2003)	- Inexécution ou mauvaise exécution du mandat	- Amende de 3 500 \$
CD00-0482 (17 juillet 2003)	- Inexécution ou mauvaise exécution du mandat - Défaut d'exercer ses activités avec intégrité	- Amende de 1 000 \$ - Réprimande - Cours de formation obligatoires
CD00-0500 (3 mars 2004)	- Exécution ou mauvaise exécution du mandat - Informations ou explications incomplètes, trompeuses ou mensongères - Ne pas avoir une connaissance complète des faits	- Amendes de 3 000 \$ - Cours de formation obligatoires
CD00-0510 (14 octobre 2003)	- Défaut de subordonner son intérêt personnel à celui de son client - Défaut d'exercer ses activités avec intégrité - Informations ou explications incomplètes, trompeuses ou mensongères - Absence d'analyse des besoins financiers	- Amendes de 8 600 \$
CD00-0469 (19 juin 2003)	- Informations ou explications incomplètes, trompeuses ou mensongères	- Amende de 600 \$

CD00-0410 (29 avril 2003)	- Informations ou explications incomplètes, trompeuses ou mensongères (deux chefs)	- Amende de 3 000 \$
CD00-473 (16 janvier 2004)	- Informations ou explications incomplètes, trompeuses ou mensongères	- Amendes de 4 000 \$
CD00-451 (22 mai 2003)	- Informations ou explications incomplètes, trompeuses ou mensongères - Inexécution ou mauvaise exécution du mandat	- Réprimande - Amendes de 2 500 \$
CD00-0481 (17 août 2004)	- Absence d'analyse des besoins financiers - Informations ou explications incomplètes, trompeuses ou mensongères - Défaut de compléter le préavis de remplacement	- Amende de 2 000 \$ - Réprimande
CD00-0354 (22 mai 2003)	- Informations ou explications incomplètes, trompeuses ou mensongères - Défaut de remettre le document explicatif lors de la souscription d'un produit individuel d'assurance ou de rente - Inexécution ou mauvaise exécution du mandat	- Amende de 3 600 \$
*CD00-0499 (25 août 2003)	- Défaut d'informer sa cliente - Défaut de compléter le formulaire de préavis en même temps que la proposition - Défaut de remettre le préavis à la cliente - Défaut d'analyse des besoins financiers - Erreur sur le préavis de remplacement	- Réprimande - Amendes de 900 \$ - Publication d'un avis de la décision dans un journal local
CD00-0448 (17 juillet 2003)	- Défaut d'effectuer l'analyse des besoins financiers - Défaut de compléter le formulaire prévu à l'annexe 1 - Défaut d'indiquer dans la proposition l'intention des clients de remplacer ou de résilier les anciennes polices - Défaut d'informer adéquatement ses clients des avantages et des désavantages de la transaction - Défaut de s'assurer que les clients souscrivaient une protection d'assurance sur la vie de leurs enfants après la fin de la protection	- Amendes de 10 500 \$ - Deux radiations temporaires concurrentes de six mois - Publication d'un avis de la décision dans un journal local

CD00-0448 (27 avril 2004)	- Absence d'analyse des besoins financiers - Remplacement sans préavis - Défaut d'informer adéquatement les clients - Mauvaise exécution du mandat	- Amendes de 8 000 \$ - Réprimande
CD00-0494 (13 août 2003)	- Défaut de procéder à une analyse des besoins financiers - Défaut d'indiquer dans la proposition l'existence d'une police d'assurance vie - Défaut de remplir le préavis de remplacement - Défaut de favoriser le maintien en vigueur du contrat existant	- Amende de 8 000 \$ - Réprimande
CD00-0445 (25 août 2003)	- Faire souscrire à son client une proposition qu'il ne souhaitait pas	- Radiation temporaire de trois mois - Amende de 2 000 \$ - Publication d'un avis de la décision dans un journal local
*CD00-0444 (22 mai 2003)	- Rabais de prime, mode de paiement différent - Remplacement sans état comparatif - Falsification ou contrefaçon de signatures ou de documents - Préavis non rempli en même temps que la proposition - Absence d'analyse des besoins financiers	- Amendes de 7 200 \$
*CD00-0455 (17 juillet 2003)	- Défaut de s'assurer que les transactions correspondaient aux objectifs d'investissement et à la situation financière de la cliente (chef 2) - Faire signer en blanc des lettres d'instructions (chef 5)	- Amende de 2 000 \$ sur le chef 2 - Amende de 1 500 \$ sur le chef 5
CD00-0436 (22 août 2003)	- Défaut d'inscrire le nom du bénéficiaire que la cliente souhaitait - Faire signer en blanc la proposition à sa cliente	- Amendes de 8 000 \$

CD00-0478 (1 ^{er} août 2003)	- Défaut de fournir des explications adéquates au client - Informations erronées données au client	- Amende de 1 200 \$ - Cours de formation obligatoires
*CD00-0458 (18 mars 2003)	- Défaut de fournir des informations complètes et objectives sur la nature du produit offert - Défaut de chercher à avoir une connaissance complète des faits - Défaut d'expliquer les avantages et les désavantages de la transaction - Faire signer le Formulaire T-2151 en blanc - Défaut d'expliquer au client qu'il souscrivait à un fonds de revenu viager - Défaut d'expliquer au client le produit auquel il lui faisait souscrire (quatre chefs) - Exiger une somme totalisant 4 500 \$ au client à titre de boni pour le bon rendement des placements	- Amendes de 7 600 \$ - Réprimande
*CD00-0474 (24 juillet 2003)	- Défaut d'agir dans l'intérêt des clients - Faire signer des documents en blanc - Signer à titre de témoin alors que l'intimée n'était pas présente - Explications incomplètes - Défaut de compléter un profil d'investisseur - Défaut de retourner les appels des clients - Défaut de s'acquitter de son mandat - Défaut de faire l'analyse des besoins financiers - Défaut de compléter adéquatement le préavis de remplacement	- Amendes de 22 000 \$
*CD00-0421 (24 juillet 2003)	- Défaut dans le préavis - Remplacement sans préavis - Absence d'analyse des besoins financiers - Mauvaise exécution du mandat - Découvert d'assurance - Renseignements médicaux non divulgués dans la proposition - Transaction non dans l'intérêt des clients - Informations erronées dans la proposition - Rabais de prime	- Radiations de 12 mois - Amendes de 10 000 \$ - Réprimande - Publication d'un avis de la décision dans un journal local

*CD00-0467 (13 août 2003)	- Défaut d'analyse des besoins financiers - Défaut de divulguer l'existence de la police et l'intention de la remplacer - Défaut de faire un préavis de remplacement - Découvert - Conseiller non consciencieux - Défaut de respecter le mandat du client	- Amendes de 11 000 \$ - Radiation temporaire de trois mois - Publication d'un avis de la décision dans un journal local
*CD00-0464 (4 juillet 2003)	- Découvert ou risque de découvert (trois chefs) - Inexécution ou mauvaise exécution du mandat (trois chefs)	- Radiation temporaire de six mois pour chaque chef, les radiations sont concurrentes
*CD00-0400 (17 juillet 2003)	- Découvert ou risque de découvert et défaut d'exercer ses activités avec intégrité - Défaut de compléter l'avis de remplacement	- Amendes de 1 200 \$

Défaut du courtier dans le cadre de sa relation avec l'assureur		
*CD00-0479 (11 mai 2004)	- Soumettre 34 propositions sans fournir les renseignements d'usage à l'assureur - Fausses représentations aux clients	- Radiation temporaire de cinq ans - Publication d'un avis de la décision dans un journal local
CD00-0434 (20 octobre 2003)	- Défaut de fournir aux assureurs les renseignements d'usage et/ou fournir de faux renseignements (deux chefs)	- Amendes de 2 000 \$
*CD00-0480 (8 septembre 2003)	- Absence d'analyse des besoins financiers - Inexécution du mandat - Défaut de fournir aux assureurs les renseignements d'usage et/ou fournir de faux renseignements	- Radiation temporaire de trois mois - Réprimande - Amende de 2 000 \$ - Publication d'un avis dans un journal local

*CD00-0489 (26 avril 2004)	- Défaut d'indiquer des renseignements médicaux dans la proposition - Défaut de compléter le préavis de remplacement en même temps que la proposition - Défaut de divulguer la police antérieure - Mauvais conseils	- Amendes de 8 500 \$
*CD00-0449 (22 mai 2003)	- Défaut d'indiquer des renseignements médicaux dans la proposition - Défaut de procéder à une analyse des besoins financiers	- Amendes de 3 800 \$
*CD00-0462 (11 septembre 2003)	- Absence d'analyse des besoins financiers - Défaut de compléter un préavis de remplacement - Défaut de fournir à l'assureur des renseignements concernant la condition médicale du client	- Amendes de 5 200 \$
*CD00-0488 (10 septembre 2003)	- Remplacement sans état comparatif - Défaut de fournir aux assureurs les renseignements d'usage et/ou défaut de transmettre à l'établissement auquel il est rattaché	- Amendes de 1 600 \$
*CD00-0440 (1 ^{er} septembre 2003)	- Défaut de fournir aux assureurs les renseignements sur la condition médicale du client - Défaut d'analyse des besoins financiers - Défaut de compléter un formulaire	- Amendes de 6 200 \$
*CD00-0453 (24 juillet 2003)	- Défaut de fournir aux assureurs les renseignements d'usage et/ou fournir de faux renseignements - Tenter d'éluder sa responsabilité civile professionnelle ou celle de son cabinet - Informations incomplètes, trompeuses ou mensongères - Inexécution ou mauvaise exécution du mandat	- Amendes de 6 500 \$ - Radiation temporaire de six mois - Publication d'un avis de la décision dans un journal local

*CD00-0449 (22 mai 2003)	- Défaut d'indiquer dans la proposition des renseignements relatifs à la condition médicale de l'assuré (chef 1) - Défaut de procéder à l'analyse des besoins financiers des assurés (chef 3)	- Amende de 1 800 \$ sur le chef 1 - Amende de 2 000 \$ sur le chef 3
CD00-0438 (14 juillet 2003)	- Défaut d'acheminer à l'assureur la proposition accompagnée du chèque (deux chefs) - Défaut de répondre à l'enquêteur	- Radiation temporaire d'un mois sous chaque chef - Recommandation au BSF de vérifier l'aptitude à exercer sa profession - Publication d'un avis de la décision dans un journal local
*CD00-0401 (21 août 2003)	- Défaut de divulguer à l'assureur son statut d'agent - Défaut de subordonner son intérêt personnel à celui de son client - Absence d'analyse des besoins financiers - Remplacement sans état comparatif	- Amendes de 5 600 \$

Falsification ou contrefaçon par un représentant

CD00-0419 (29 avril 2003)	- Signatures à titre de représentant et à titre de témoin alors qu'il n'avait jamais rencontré les clients (six chefs)	- Suspension de trois mois pour chacun des chefs à être purgée consécutivement

*CD00-0446 (22 juillet 2004)	- Fausses représentations - Contrefaçon de signatures - Contrefaçon de chèques - Document contrefait - Défaut d'acheminer la proposition - Mauvaise exécution du mandat - Informations et/ou explications incomplètes, trompeuses ou mensongères	- Amende de 600 \$ - Radiation permanente - Radiation temporaire de six mois - Publication d'un avis de la décision dans un journal local
CD00-0485 (1 ^{er} août 2003)	- Falsification ou contrefaçon de signatures ou de documents	- Amende de 3 500 \$
*CD00-0482 (17 juillet 2003)	- Contrefaçon de signatures de clients - Mauvaise exécution du mandat	- Amende de 1 000 \$ - Cours de formation obligatoire - Réprimande
*CD00-0515 (9 octobre 2003)	- Falsification ou contrefaçon de signatures ou de documents - Informations ou explications incomplètes, trompeuses ou mensongères - Ne pas chercher à avoir une connaissance complète des faits - Inexécution ou mauvaise exécution du mandat	- Amendes de 4 600 \$
*CD00-0332 (14 juillet 2003)	- Falsification ou contrefaçon de signatures ou de documents - Soumettre une proposition à l'insu d'un assuré - Défaut de remettre le document explicatif lors de la souscription d'un produit individuel d'assurance et de rente - Inexécution ou mauvaise exécution du mandat - Obligation de remettre une carte professionnelle lors de la première rencontre	- Amende de 6 800 \$ - Radiation temporaire de deux mois - Réprimande - Cours de formation obligatoires

*CD00-0418 (17 juillet 2003)	- Falsification ou contrefaçon de signatures ou de documents - Informations ou explications incomplètes, trompeuses ou mensongères - Absence d'analyse des besoins financiers - Défaut de divulguer l'existence d'un contrat en vigueur - Remplacement sans état comparatif - Remplacement non dans l'intérêt de l'assuré et/ou ne pas favoriser le maintien en vigueur	- Amendes de 5 100 \$ - Radiation temporaire de trois mois - Réprimande - Publication d'un avis de la décision dans un journal local
*CD00-0444 (22 mai 2003)	- Rabais de prime, mode de paiement différent - Remplacement sans état comparatif - Falsification ou contrefaçon de signatures ou de documents - Préavis non rempli en même temps que la proposition - Absence d'analyse des besoins financiers	- Amendes de 7 200 \$
*CD00-0447 (13 août 2003)	- Contrefaçon de signatures - Transfert de 22 333,64 \$ sans l'autorisation du client	- Radiation temporaire de trois ans - Amende de 3 000 \$ - Publication d'un avis de la décision dans un journal local
*CD00-0420 (2 juillet 2003)	- Contrefaçon de signatures (deux chefs) - Contrefaçon de signatures sur le préavis de remplacement - Explications incomplètes, défaut d'informer le client - Absence d'analyse des besoins financiers (12 chefs) - Préavis non complété adéquatement (deux chefs) - Défaut de remettre une copie du préavis au client - Remplacement sans préavis (deux chefs) - Mauvaise exécution du mandat - Risque de découvert - Défaut de divulguer des renseignements médicaux aux assureurs	- Radiation temporaire d'un an pour chaque chef - Radiation temporaire d'un an - Réprimande - Amende de 7 200 \$ - Amende de 1 200 \$ - Amende de 600\$ - Amende de 1 200 \$ - Amende de 600 \$ - Amende de 600 \$

	- Défaut de divulguer les renseignements d'usage aux assureurs (deux chefs) - Rabais de prime (deux chefs) - Défaut de donner priorité aux intérêts du client (quatre chefs) - Explications incomplètes - Explications fausses et trompeuses - Défaut d'acheminer le préavis à l'assureur remplacé	- Radiation temporaire d'un mois - Radiation temporaire d'un mois et réprimande - Amende de 2 000 \$ - Amende de 1 000 \$ et radiation temporaire de trois mois - Radiation temporaire de six mois - Radiation temporaire de six mois - Amende de 600 \$
*CD00-0462 (11 septembre 2003)	- Falsification ou contrefaçon de signatures ou de documents - Informations ou explications incomplètes, trompeuses ou mensongères - Défaut de divulguer l'existence d'un contrat en vigueur - État comparatif non expédié à l'assureur	- Amendes de 5 600 \$ - Réprimande - Suspension de 45 jours

Appropriation de fonds par un représentant

CD00-0459	- Souscription de plans de bourses d'études fictifs au nom de clients dont le paiement était prélevé à même le compte bancaire de l'intimé	- Amende de 6 000 \$ - Radiation permanente - Publication d'un avis dans un journal local

*CD00-0520 (28 novembre 2003)	- Appropriation de fonds à ses fins personnelles et/ou non-paiement à un assureur ou à une institution financière - Informations fausses au client	- Radiation de deux ans et trois mois - Amendes de 2 100 \$ - Publication d'un avis de la décision dans un journal local
*CD00-0516 (20 octobre 2003)	- Appropriation de fonds à ses fins personnelles et/ou non-paiement à un assureur ou à une institution financière - Falsification ou contrefaçon de signatures ou de documents	- Radiation temporaire de cinq mois
*CD00-0452 (28 août 2003)	- Appropriation de fonds à ses fins personnelles et/ou non-paiement à un assureur ou à une institution financière, falsification ou contrefaçon de signatures ou de documents et inexécution ou mauvaise exécution du mandat (10 chefs) - Inexécution ou mauvaise exécution du mandat (10 chefs)	- Amendes de 6 000 \$ - Radiation temporaire de sept ans de façon concurrente sur chacun des 20 chefs - Publication d'un avis de la décision dans un journal local
*CD00-0441 (12 août 2003)	- Appropriation de fonds à ses fins personnelles et/ou non-paiement à un assureur ou à une institution financière et défaut de fournir aux assureurs les informations d'usage - Falsification ou contrefaçon de signatures ou de documents (neuf chefs) - Soumettre une proposition à l'insu de l'assuré - Défaut de fournir aux assureurs les renseignements d'usage - Inexécution ou mauvaise exécution du mandat - Rabais de prime, mode de paiement différent	- Radiation permanente - Publication d'un avis de la décision dans un journal local

*CD00-0503 (18 août 2003)	- Appropriation de fonds à ses fins personnelles et/ou non-paiement à un assureur ou à une institution financière (12 chefs) - Falsification ou contrefaçon de signatures ou de documents (neuf chefs) - Informations ou explications incomplètes, trompeuses ou mensongères	- Radiation permanente - Amendes de 162 000 \$ - Publication d'un avis de la décision dans un journal local
*CD00-0390 (17 juillet 2003)	- Appropriation de fonds à ses fins personnelles et/ou non-paiement à un assureur ou à une institution financière - Informations ou explications incomplètes, trompeuses ou mensongères	- Radiation permanente - Publication d'un avis de la décision dans un journal local
*CD00-0511 (3 décembre 2003)	- Appropriation de fonds à ses fins personnelles et/ou non-paiement à un assureur - Falsification ou contrefaçon de signatures ou de documents (14 chefs)	- Radiation permanente - Ordonnance de publication d'un avis dans un journal local
CD00-0454 (6 mars 2003)	- Emprunt à une cliente, le plaçant en conflit d'intérêts	- Radiation temporaire de trois mois - Publication d'un avis dans un journal local

CONCLUSION

Nous nous permettons de conclure que les tribunaux supérieurs scrutent avec minutie la conduite des intermédiaires de marché et des conseillers financiers et bien souvent, une foule de détails viennent donner une « couleur » à la conduite de l'intermédiaire. Ces détails ne doivent pas être négligés compte tenu de l'impact qu'ils peuvent avoir sur la responsabilité du représentant. La notion de devoir de conseil face au client est omniprésente en jurisprudence.

Par ailleurs, l'ensemble des décisions disciplinaires rendues dans la dernière année et demie confirme le degré de professionnalisme avec lequel les intermédiaires doivent agir dans le cadre de leurs fonctions.

TABLE RONDE SUR LES SERVICES FINANCIERS



Coordonnatrice
Jocelyne Gagnon
Adm. A., AVA,
M. Fisc., Pl. Fin.
PPI Québec inc.



Paule Gauthier
CA, LL. M., Pl. Fin.
Financière Banque
Nationale



Michelle Desrosiers
Notaire, M. Fisc.
Agence du revenu
du Canada



Ghislain Martineau
Agence du revenu
du Canada



Lawrence Purdy
Avocat
Ministère des Finances
du Canada

TABLE DES MATIÈRES

1.	DÉDUCTIBILITÉ D'UNE PRIME D'ASSURANCE VIE	48:5
2.	SCISSION D'ENTREPRISE ÉTRANGÈRE PAR DÉRIVATION ET AUTRES RÉORGANISATIONS ÉTRANGÈRES	48:6
3.	L'ARTICLE 86.1 L.I.R. ET L'ARTICLE 355 I.R.C.....	48:7
4.	PRÊT À UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES PAR UNE SOCIÉTÉ.....	48:9
5.	COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL – AVANCE SUR POLICE	48:11
6.	PARAGRAPHE 12(4) L.I.R. ET FIDUCIES PERSONNELLES	48:12
7.	FIDUCIES PERSONNELLES ET ALLOCATION DES PERTES.....	48:13
8.	PARAGRAPHE 15(1) L.I.R.	48:15
9.	NOUVELLE DÉFINITION DE « PERSONNES AFFILIÉES » (BUDGET DU 23 MARS 2004) ET SON IMPACT SUR LE RACHAT D'ACTION AU DÉCÈS DANS LE CADRE DE PLANIFICATION ET TRANSMISSION D'UNE ENTREPRISE FAMILIALE AU DÉCÈS	48:16
10.	LES CONVENTIONS FISCALES ET RETENUES À LA SOURCE	48:19
11.	SOINS DE LONGUE DURÉE ET MALADIES GRAVES.....	48:20

1. DÉDUCTIBILITÉ D'UNE PRIME D'ASSURANCE VIE

Une société emprunte une somme d'argent auprès d'une institution financière pour acquérir un intérêt dans un contrat de rente viagère sur la vie de son actionnaire. Dans le cadre de l'emprunt, le prêteur exige que la société souscrive une police d'assurance vie temporaire sur la vie de son actionnaire et que l'intérêt dans cette police lui soit cédé à titre de garantie de l'emprunt. Le contrat de rente est un contrat auquel s'applique le paragraphe 12.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹. L'institution financière et l'assureur sont des entités distinctes.

La société peut-elle déduire les primes d'assurance en vertu de l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R.? Plus spécifiquement, la condition énoncée à la division 20(1)e.2)(i)(B) L.I.R. est-elle satisfaite?

Réponse de l'ARC

Les primes d'une police d'assurance vie utilisée à titre de garantie d'un prêt peuvent être déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)e.2) L.I.R. si, notamment et comme le prévoit la division 20(1)e.2)(i)(B) L.I.R., les intérêts payables sur l'emprunt sont déductibles dans le calcul du revenu de l'emprunteur pour l'année ou le seraient sans les paragraphes 18(2) et (3.1) et les articles 21 et 28 L.I.R.

Le sous-alinéa 20(1)c)(iv) L.I.R. accorde une déduction d'intérêts sur de l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un intérêt dans un contrat de rente auquel le paragraphe 12.2(1) L.I.R. s'applique, ou s'appliquerait si le jour anniversaire du contrat tombait dans l'année à un moment où le contribuable détient l'intérêt. Toutefois, lorsque la rente a commencé à être versée aux termes du contrat au cours d'une année d'imposition antérieure, les intérêts payés ou payables au cours de l'année ne sont pas déduits dans la mesure où ils dépassent le montant inclus en application de l'article 12.2 L.I.R. dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année quant à son intérêt dans le contrat.

Par conséquent, une partie des intérêts sur l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un intérêt dans un contrat de rente peut ne pas être déductible dans le calcul du revenu d'un contribuable. Toutefois, nous sommes d'avis que la condition énoncée à la division 20(1)e.2)(i)(B) L.I.R. est satisfaite

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

pour une année d'imposition si une partie ou la totalité des intérêts est déductible dans cette année en vertu du sous-alinéa 20(1)c)(iv) L.I.R. Si aucun intérêt n'est déductible dans une année d'imposition, cette condition n'est pas satisfaite pour cette année d'imposition.

2. SCISSION D'ENTREPRISE ÉTRANGÈRE PAR DÉRIVATION ET AUTRES RÉORGANISATIONS ÉTRANGÈRES

Afin de se qualifier au choix de l'article 86.1 L.I.R., la société étrangère entreprenant la scission doit fournir à l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») plusieurs renseignements pour l'étude et la détermination de la qualification de la scission au choix de cet article.

Lorsque l'actionnaire veut faire le choix de ne pas s'imposer sur le dividende reçu et allouer le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des anciennes actions sur les nouvelles, il doit fournir des informations sur la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des titres avant la scission et immédiatement après la scission. Ces valeurs vont servir de base à la répartition du coût entre les actions.

De façon pratique, les actionnaires canadiens n'ont pas toujours l'information requise qui doit être fournie à l'ARC à l'exercice du choix. Ceci se produit dans ces situations :

- lorsque cette information n'est pas fournie aux actionnaires puisqu'elle est considérée comme confidentielle;
- lorsque la scission fait partie d'une transaction plus globale impliquant des fusions subséquentes et que les titres ne sont pas négociés en Bourse immédiatement après la scission faisant l'objet du choix, mais plutôt après l'ensemble de la restructuration.

Aussi, l'information fournie aux actionnaires américains leur permet d'utiliser un pourcentage de répartition du coût entre les actions au lieu d'un calcul de prorata basé sur la valeur marchande. Il semble que le calcul du pourcentage utilisé par les actionnaires américains et basé sur l'article 355 de l'*Internal Revenue Code*² soit sensiblement le même que la répartition obtenue en utilisant les valeurs marchandes des titres immédiatement après la scission.

² *Internal Revenue Code of 1986* et mod. (ci-après « I.R.C. »).

Par ailleurs, les réorganisations de sociétés étrangères touchent l'imposition de plusieurs investisseurs canadiens. Cet impact des articles pertinents de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (le plus souvent art. 86.1, par. 87(8) et 85.1(4)) doit être analysé la plupart du temps par un spécialiste en fiscalité, par l'examen des documents d'information sur la réorganisation mis au service de tous les actionnaires par la société. De nombreuses heures devront être consacrées à cette analyse et il est possible que des renseignements clés doivent être obtenus dans d'autres documents pour arriver à une conclusion. La plupart des investisseurs n'auront pas les ressources nécessaires pour analyser, ou faire analyser, les impacts fiscaux qui les touchent.

Prévoyez-vous aider de façon plus efficace et constante les actionnaires canadiens dans leur évaluation des impacts fiscaux canadiens de réorganisation de multinationales d'importance dont une proportion importante d'investisseurs canadiens peuvent détenir les titres?

Réponse de l'ARC

De nombreuses informations concernant l'application de l'article 86.1 L.I.R. sont accessibles à tous sur le site Web de l'ARC à l'adresse suivante : www.cra-arc.gc.ca/tax/business/topics/foreign-f.html. Ainsi, vous trouverez à cette adresse, entre autres, une description des règles prévues à l'article 86.1 L.I.R. et des conséquences découlant de leur application, de même que les conditions devant être réunies et la procédure à suivre afin de bénéficier du choix prévu à cette disposition. D'autres informations concernant l'article 86.1 L.I.R. sont également disponibles par différents documents publiés par l'ARC³ ou les interprétations techniques. Il est également possible pour un contribuable de communiquer avec la Direction des décisions en impôt de l'ARC afin d'obtenir une décision anticipée ou une interprétation technique en regard de cette disposition. Finalement, l'ARC offre également un service téléphonique de renseignements.

3. L'ARTICLE 86.1 L.I.R. ET L'ARTICLE 355 I.R.C.

L'information fournie aux actionnaires américains leur permet d'utiliser un pourcentage de répartition du coût entre les actions au lieu d'un calcul de prorata basé sur la valeur marchande. Il semble que le calcul du pourcentage utilisé par les actionnaires américains et basé sur l'article 355 I.R.C. soit

³ Tel, entre autres, AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 28, 24 avril 2003.

sensiblement le même que la répartition obtenue en utilisant les valeurs marchandes des titres immédiatement après la scission.

Dans le cas des réorganisations de type *spin off* prévues à l'article 86.1 L.I.R., pouvez-vous considérer introduire une modification législative afin que les actionnaires canadiens puissent baser leur calcul de répartition du PBR des actions sur les pourcentages établis selon l'article 355 I.R.C. et habituellement disponibles aux actionnaires américains sur le site Web de la société?

Réponse du ministère des Finances

Nous croyons savoir que l'article 355 I.R.C. concernant la distribution d'actions exige que les actionnaires répartissent le prix de base entre anciennes et nouvelles actions en fonction de leur JVM relative.

L'article 86.1 L.I.R. exige une répartition semblable. Si le pourcentage américain en question est simplement l'expression mathématique des justes valeurs marchandes relatives, alors la répartition du prix de base devrait être la même. Par contre, si le pourcentage ne représente qu'une approximation de la JVM, il n'est pas certain que cette mesure sera adéquate pour répartir le prix de base.

Au minimum, nous devons obtenir des renseignements plus détaillés concernant la nature de l'approximation, les fondements à partir desquels elle a été calculée et la mesure dans laquelle elle pourrait différer de la JVM.

Par exemple, la question fait référence à une distribution d'actions qui s'inscrit dans une transaction plus large. Dans la mesure où le pourcentage indiqué relativement à l'article 355 I.R.C. tient compte des conséquences fiscales américaines de cette transaction – conséquences qui pourraient différer sous le régime fiscal canadien –, le pourcentage en question pourrait ne pas être approprié relativement à l'article 86.1 L.I.R.

Si la question concerne plus précisément les difficultés auxquelles les actionnaires canadiens doivent faire face lorsque la société qui distribue des actions refuse de fournir au ministre certains renseignements (y compris le type et la JVM des biens transférés à des résidents du Canada) tel qu'il est exigé à l'alinéa 86.1(2)e), et si elle vise à déterminer si l'information que l'on trouve sur un site Web d'une société donnée est réputée répondre à ces exigences, la question doit être abordée différemment.

Lorsque la société donnée est une société étrangère à l'égard de laquelle le Canada ne dispose d'aucun pouvoir en matière de vérification et ne pourrait autrement recueillir l'information pertinente, la loi précise clairement qu'il incombe à la société elle-même de fournir l'information au ministre. Il s'agit là d'une exigence raisonnable, compte tenu que le contribuable canadien bénéficie d'un report d'impôts à l'égard de la transaction.

4. PRÊT À UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES PAR UNE SOCIÉTÉ

M. A et M. B exploitent une entreprise par l'intermédiaire d'une société dont ils détiennent chacun 50 % des actions.

Ils exercent également une profession libérale par l'intermédiaire d'une société de personnes dans laquelle ils détiennent chacun une participation de 50 %.

La société a fait l'acquisition de polices d'assurance vie sur la vie de M. A et M. B conformément à ce qui est prévu dans la convention d'actionnaires. La société utilise la possibilité de faire des dépôts additionnels dans chacune des polices d'assurance vie. La société obtient par la suite un prêt commercial d'une institution financière garantie par les polices d'assurance vie. La société désire utiliser l'argent du prêt afin de prêter à son tour le montant à la société de personnes. La société exigera de la société de personnes un taux d'intérêt sur le prêt légèrement supérieur au taux que la société doit payer sur son propre prêt à l'institution financière.

La société de personnes utilisera l'argent du prêt dans le cadre de ses opérations au lieu d'utiliser une marge de crédit courante.

Est-ce que le paragraphe 15(2) L.I.R. pourrait s'appliquer au prêt reçu par la société de personnes de la société? Est-ce que la position serait la même si le taux d'intérêt exigé à la société de personnes par la société était identique à celui que la société paye à l'institution financière?

Est-ce que le paragraphe 15(1) L.I.R. pourrait s'appliquer au prêt reçu par la société de personnes de la société?

Réponse de l'ARC

Dans la situation que vous nous présentez, nous sommes d'avis que le paragraphe 15(2) L.I.R. pourrait s'appliquer à la société de personnes pour inclure le montant du prêt dans le calcul de son revenu, à moins que le prêt

soit visé par une des exceptions prévues aux paragraphes 15(2.3) à (2.6) L.I.R. Plus précisément, le paragraphe 15(2.3) L.I.R. concernant les prêts consentis par une société dans le cours normal des activités de son entreprise qui est le prêt d'argent ou le paragraphe 15(2.6) L.I.R. concernant le délai de remboursement du prêt pourrait être pertinent à la présente situation. Toutefois, ces exceptions ne semblent pas s'appliquer à la présente situation selon les informations que vous nous avez soumises.

Bien que la société de personnes ne soit pas elle-même actionnaire de la société, le paragraphe 15(2) L.I.R. s'applique également aux prêts reçus par une personne ou société de personnes rattachée à un actionnaire de la société. Le paragraphe 15(2.1) L.I.R. définit ce qu'est une personne rattachée à un actionnaire d'une société; il s'agit, entre autres, d'une personne qui a un lien de dépendance avec l'actionnaire. Nous avons mentionné à plusieurs reprises que le terme « personne rattachée à un actionnaire d'une société » tel qu'il est prévu au paragraphe 15(2.1) L.I.R. peut comprendre une société de personnes. La question de savoir si une société de personnes a un lien de dépendance avec un actionnaire de la société est une question de fait. Le *Bulletin d'interprétation* IT-419R⁴ expose les critères utilisés pour déterminer si des personnes ont ou non un lien de dépendance entre elles. Puisque, dans votre exemple, la société de personnes et la société appartiennent aux deux mêmes particuliers, nous sommes portés à croire que ces particuliers agissent de concert et contrôlent ensemble la société de personnes, de sorte qu'ils ont un lien de dépendance avec la société de personnes.

Le taux d'intérêt exigé par la société à la société de personnes sur le prêt ne change pas notre opinion sur l'application du paragraphe 15(2) L.I.R.

Dans une situation où le prêt reçu par la société de personnes rencontre une des exceptions prévues aux paragraphes 15(2.3) à (2.6) L.I.R., le montant du prêt ne serait pas inclus dans le calcul du revenu de la société de personnes en vertu du paragraphe 15(2) L.I.R. Toutefois, les paragraphes 80.4(2), 15(9) et 15(1) L.I.R. pourraient s'appliquer pour inclure un avantage dans le calcul du revenu de la société de personnes à moins que le taux d'intérêt payé par la société de personnes sur le prêt soit supérieur ou égal au taux visé par règlement.

⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R, « Définition de l'expression "sans lien de dépendance" », 24 août 1994.

Finalement, lorsque la somme consentie par la société à la société de personnes est un prêt ou une dette comme dans la situation présentée, le paragraphe 15(1) L.I.R. ne s'applique pas à cette somme puisque la société de personnes a l'obligation légale de rembourser la somme. Toutefois, dans une situation où cette somme serait plutôt une attribution des fonds de la société, les paragraphes 56(2) et 15(1) L.I.R. pourraient s'appliquer pour inclure cette somme dans le calcul du revenu des actionnaires de la société.

5. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL – AVANCE SUR POLICE

L'alinéa d) de la définition du terme « compte de dividendes en capital » au paragraphe 89(1) L.I.R. prévoit que l'excédent du produit d'une police d'assurance vie qu'une société privée reçoit après le 23 mai 1985, par suite du décès d'une personne sur le coût de base rajusté (ci-après « CBR ») (au sens du paragraphe 148(9) L.I.R.) de la police pour la société immédiatement avant le décès de la personne, s'ajoute au compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») de la société.

Par exemple, une société, titulaire et bénéficiaire d'une police d'assurance vie, reçoit une prestation payable au décès pour un montant de 850 000 \$, déduction faite d'une avance sur police de 150 000 \$ (1 M\$ - 150 000 \$), et ce, conformément aux modalités de cette police d'assurance vie. Les faits se résument comme suit :

Capital décès	1 M\$
CBR sans avance sur police	200 000 \$
Avance sur police	150 000 \$

Le CBR immédiatement avant le décès est égal à 50 000 \$ (200 000 \$ - 150 000 \$).

Nous croyons que le montant ajouté au CDC sera de 950 000 \$ (1 M\$ - 50 000 \$).

L'ARC peut-elle confirmer notre interprétation?

Réponse de l'ARC

Nous confirmons que le CBR de la police d'assurance vie aux fins du calcul de CDC est de 50 000 \$. La réduction de la prestation payable au décès du montant de l'avance sur police au moment du décès ne constitue pas un remboursement d'une avance sur police visée à l'élément E de la définition de CBR au paragraphe 148(9) L.I.R. En effet, le calcul du CBR

aux fins de la définition du CDC est effectué immédiatement avant le décès. Par ailleurs, l'élément E du CBR requiert de tenir compte des avances sur police remboursées avant le moment du calcul du CBR.

En général, lorsque les modalités d'une police d'assurance vie prévoient qu'à la suite du décès de l'assuré, le bénéficiaire a le droit de recevoir à titre de prestation au décès un montant qui est obtenu après déduction de l'avance sur police au décès, nous considérerons que c'est le montant net reçu qui constitue le produit d'une police d'assurance vie aux fins du calcul du CDC.

Par conséquent, dans l'exemple illustré ci-dessus, le montant à inclure dans le CDC sera de 800 000 \$, soit le produit de la police d'assurance vie (850 000 \$) que la société a reçu par suite du décès de l'assuré moins le CBR de cette police pour la société (50 000 \$) immédiatement avant le décès.

6. PARAGRAPHE 12(4) L.I.R. ET FIDUCIES PERSONNELLES

Une fiducie personnelle peut occasionnellement investir dans certains placements dont des titres de créance visés par règlement tels qu'ils sont définis à l'article 7000 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁵. Ce règlement prévoit le calcul d'un montant, sur les créances visées à l'article 7000 R.I.R. tels des coupons détachés, qui sera inclus dans le revenu selon les paragraphes 12(4) et 12(9) L.I.R.

La fiducie n'encaisse généralement le revenu généré par le coupon détaché qu'à l'échéance du coupon et doit tout de même s'imposer sur le revenu couru annuellement sans avoir encaissé les fonds et conséquemment sans les avoir distribués aux bénéficiaires. De plus, lors d'une disposition du titre, en cas d'augmentation des taux d'intérêt du marché entre la date d'achat du titre et la date de la vente, la fiducie réalisera une perte en capital qu'elle ne pourra pas distribuer aux bénéficiaires de la fiducie.

Une fiducie peut-elle allouer annuellement aux bénéficiaires un « revenu fictif » provenant de l'imposition annuelle du revenu couru sur un titre de créance visé par règlement tel un coupon détaché, et si oui, quels termes la fiducie doit-elle prévoir pour permettre cette allocation?

⁵ C.R.C. 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

Réponse de l'ARC

L'alinéa 104(6)b) L.I.R. mentionne qu'il peut être déduit dans le calcul du revenu d'une fiducie, pour une année d'imposition, le montant dont la fiducie demande la déduction mais sans dépasser le montant qui représente le revenu de la fiducie qui est devenu payable à un bénéficiaire au cours de l'année. L'expression « somme devenue payable » est définie au paragraphe 104(24) L.I.R. qui précise qu'un montant n'est réputé être devenu payable par une fiducie au cours d'une année d'imposition que si la fiducie l'a payé au cours de l'année au bénéficiaire auquel il était payable ou si ce bénéficiaire avait le droit au cours de l'année d'en exiger le paiement. Un revenu d'intérêt réputé selon le paragraphe 12(9) L.I.R. provenant de titres de créances visés à l'article 7000 R.I.R. n'est pas un revenu de la fiducie au sens du *Code civil du Québec*⁶. Par conséquent, ce revenu n'est pas susceptible de constituer un revenu payable à un bénéficiaire dans l'année aux termes d'un acte de fiducie. Cependant, tel qu'il a été mentionné à la conférence STEP (Society of Trust and Estate Practitioners) plus tôt cette année, nous permettons une déduction en vertu du paragraphe 104(6) L.I.R. à l'égard d'un revenu réputé si les termes de l'acte de fiducie sont tels que le fiduciaire doit payer un montant équivalent à ce revenu au bénéficiaire ou si le fiduciaire peut, aux termes de l'acte de fiducie, payer ou rendre payable un montant équivalent au montant réputé être un revenu aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, s'il exerce cette discrétion de façon irrévocable et sans condition avant la fin de l'année d'imposition de la fiducie.

7. FIDUCIES PERSONNELLES ET ALLOCATION DES PERTES

Les fiducies personnelles et les fonds de placements en commun constitués en fiducie ne peuvent allouer les pertes à leur détenteur d'unités, contrairement aux fonds distincts qui peuvent allouer leurs pertes au titulaire du contrat. Le Ministère prévoit-il permettre aux fiducies personnelles et aux fonds de placements en commun d'allouer leur pertes aux détenteurs de parts?

Réponse du ministère des Finances

Comme vous le savez, les pertes réalisées d'une fiducie ne peuvent être utilisées que par cette dernière. Aucune disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'autorise le transfert de ces pertes à des bénéficiaires.

⁶ L.Q. 1991, c. 64.

Il s'ensuit que, si les gains en capital et les revenus de la fiducie ne sont pas assez élevés, la fraction des pertes non portée en réduction de ces gains en capital et revenus ne pourra être utilisée. Les conséquences de cette situation peuvent être particulièrement importantes lorsque la période prévue pour l'utilisation de pertes autres qu'en capital vient à expiration ou lorsque la fiducie peut être tenue de procéder à la distribution de la totalité de son revenu actuel.

Avant 1988, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne comportait aucun mécanisme pouvant aider la fiducie à conserver son revenu lorsqu'elle était tenue, aux termes de son acte de fiducie, de distribuer son revenu actuel. On peut supposer que la fiducie non assujettie à une telle obligation peut conserver une fraction de revenu suffisante pour utiliser les pertes d'autres années en les portant en réduction de ce revenu.

Depuis 1988, une fiducie peut exercer un choix afin que tout montant de revenu payable aux bénéficiaires soit réputé être un revenu de la fiducie au titre duquel une déduction peut être prise en compte dans le calcul du revenu imposable de la fiducie. De cette manière, la fiducie peut distribuer son revenu tout en conservant, pour l'application de l'impôt, un montant de revenu suffisant pour se prévaloir de ses pertes autres qu'en capital et de ses pertes en capital admissibles.

De plus, la possibilité pour la fiducie de faire un choix afin de ne pas être assujettie à la règle du transfert libre d'impôt (roulement) prévue au paragraphe 107(2) L.I.R. lors de la distribution des biens de la fiducie en faveur d'un bénéficiaire peut permettre à celle-ci de réaliser ses gains accumulés, de sorte qu'elle puisse porter ses pertes en réduction de ces gains.

On voit donc que la *Loi de l'impôt sur le revenu* comporte différents mécanismes permettant à une fiducie de bénéficier des avantages fiscaux associés aux règles sur le report prospectif ou rétrospectif de pertes.

Le fait que ces mécanismes consistent en règles de conservation de revenu plutôt qu'en règles de distribution de pertes peut être envisagé comme le fait d'une décision délibérée. Mentionnons en particulier qu'un mécanisme de distribution de pertes susciterait certaines préoccupations au sujet du risque de stratagèmes comportant la distribution sélective des pertes entre bénéficiaires. Il s'agit d'un risque très réel, étant donné la marge de manœuvre que permettent les contrats de fiducie. Les dispositions antiévitement qui seraient requises pour supprimer ce risque rendraient les règles plus complexes et feraient grimper le coût d'observation sans pour

autant garantir l'efficacité de ces règles. (Par exemple, quel serait le traitement applicable à la fraction à risque dans le cas d'une fiducie?)

En conclusion, il faut considérer que les règles actuelles touchant le traitement des pertes des fiducies assurent un juste équilibre entre différents objectifs stratégiques contradictoires.

C'est pourquoi nous n'envisageons pas de recommander quelque allègement que ce soit de ces règles.

8. PARAGRAPHE 15(1) L.I.R.

Mise en contexte

Madame X est divorcée de Monsieur Z et reçoit une pension alimentaire de 50 000 \$ par année. Monsieur Z décède et ses enfants (lesquels ne sont pas les enfants de Madame X) doivent continuer de payer à Madame X la même somme sa vie durant.

La meilleure façon pour les enfants de remplir leur obligation et de sécuriser Madame X est d'acheter une rente viagère qui garantira à Madame X le revenu nécessaire.

Les liquidités des enfants se trouvent à l'intérieur d'une société (ci-après « ENFANTSCO ») et donc, si les enfants utilisent ces liquidités pour acheter une rente viagère à Madame X, le paragraphe 15(1) L.I.R. sera applicable.

La planification suivante est donc proposée.

Madame X créera une société (ci-après « NOUCO ») et détiendra la totalité des actions ordinaires émises et en circulation de son capital-actions. ENFANTSCO souscrira à des actions privilégiées non votantes et non participantes pour un montant de 1 M\$.

NOUCO utilisera ce produit de 1 M\$ pour souscrire à une rente viagère non prescrite, jumelée à une police d'assurance sur la vie de Madame X. NOUCO recevra la rente et payera les impôts sur la partie imposable de celle-ci. NOUCO payera également le coût d'assurance et versera à Madame X un dividende imposable.

Une entente sera signée stipulant qu'au décès de Madame X, le produit de l'assurance sur la vie de Madame X servira au rachat par NOUCO des actions privilégiées de son capital-actions détenues par ENFANTSCO.

Question

Est-ce que l'ARC est en accord avec notre interprétation selon laquelle le paragraphe 15(1) L.I.R. ne serait pas applicable à la planification proposée?

Réponse de l'ARC

Il faut d'abord souligner que l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement une situation donnée (ci-après « situation donnée »). En conséquence, nous nous limiterons à formuler des commentaires généraux sur l'application potentielle du paragraphe 15(1) L.I.R. à l'égard des enfants dans la situation donnée.

Les opérations projetées décrites dans l'énoncé de la présente question permettent de pourvoir à des obligations incombant aux enfants. En ce sens, un avantage résulte de ces opérations projetées pour les enfants.

Ainsi, le paragraphe 15(1) L.I.R. pourrait notamment s'appliquer dans la situation donnée pour obliger les enfants à inclure dans le calcul de leur revenu la valeur d'un avantage que ENFANTSCO leur aurait conféré, s'il s'avérait que ENFANTSCO subissait un appauvrissement en raison des transactions.

En raison du fait que l'énoncé de la présente question ne décrit que sommairement la situation donnée, il est difficile d'établir de manière définitive la valeur de l'avantage qui serait visée par le paragraphe 15(1). La valeur de cet avantage pourrait toutefois correspondre au montant que les enfants devraient déboursier, dans des circonstances similaires, afin d'obtenir d'une personne n'ayant pas de lien de dépendance avec eux le même avantage qui découle de la situation donnée.

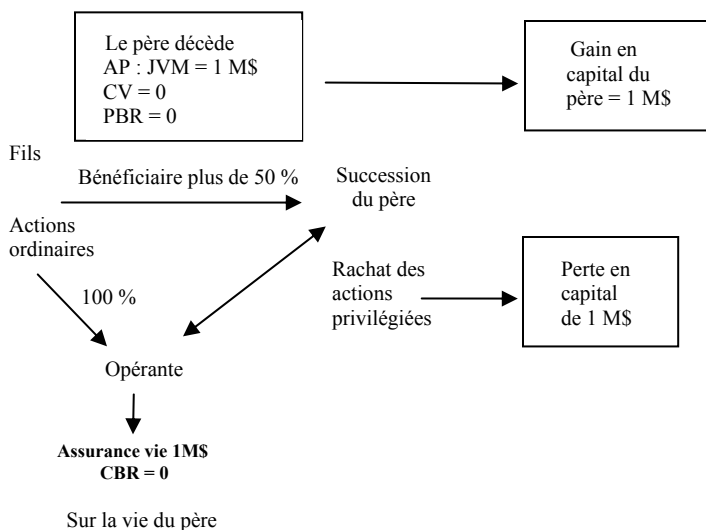
9. NOUVELLE DÉFINITION DE « PERSONNES AFFILIÉES » (BUDGET DU 23 MARS 2004) ET SON IMPACT SUR LE RACHAT D' ACTIONS AU DÉCÈS DANS LE CADRE DE PLANIFICATION ET TRANSMISSION D'UNE ENTREPRISE FAMILIALE AU DÉCÈS

Une autre méthode traditionnellement utilisée pour éliminer la double imposition au décès d'un actionnaire de société privée consiste à faire en sorte que la société procède à un rachat d'actions (souvent des actions de gel) détenues par la succession, dans la première année d'imposition de la succession, créant ainsi une perte en capital. Cette perte peut normalement

être appliquée à l'encontre du gain en capital au décès de l'actionnaire décédé.

La modification de la définition des personnes affiliées précisant qu'une fiducie est affiliée à chacun de ses bénéficiaires ayant une part majoritaire du revenu ou du capital de la fiducie (succession) aura souvent pour conséquence de rendre affiliées entre elles la succession et la société dont elle détient des actions, et d'entraîner l'inutilisation de la perte en capital par l'application de la règle prévue au paragraphe 40(3.6) L.I.R.

Mise en situation



Au décès du père, celui-ci réalise un gain en capital imposable de 1 M\$.

Opérante rachète les actions privilégiées détenues par la succession, en utilisant le compte de dividendes en capital créé par la réception du produit d'assurance vie.

La succession réalise une perte en capital de 500 000 \$ ou 1 M\$ si le paragraphe 112(3.2) L.I.R. n'est pas applicable (actions « grand-pèrisées »).

Avant le budget du 23 mars 2004

Le paragraphe 40(3.6) L.I.R. n'est pas applicable et ne vient pas refuser la perte en capital, puisque la succession et Opérante ne sont pas des personnes affiliées immédiatement après le rachat des actions privilégiées.

En vertu du paragraphe 164(6) L.I.R., la perte de la succession sera applicable contre le gain en capital du décédé.

Après le budget du 23 mars 2004

Un bénéficiaire ayant droit à une part majoritaire du revenu ou du capital de la fiducie sera affilié à la succession.

Toutes les personnes affiliées à un bénéficiaire ayant droit à une part majoritaire du revenu ou du capital de la fiducie seront affiliées à la succession.

Le fils est affilié à Opérante, puisqu'il détient toutes les actions votantes.

Puisque le fils a droit à une part majoritaire de la succession, Opérante est affiliée à la succession.

Dans cette situation, le paragraphe 40(3.6) L.I.R. s'appliquerait pour faire en sorte de refuser la perte en capital de la succession à la suite du rachat des actions privilégiées.

Question

Prévoyez-vous apporter une modification pour permettre dans la déclaration finale du décédé d'utiliser la perte réalisée au rachat des actions par la succession, en soustrayant les successions de l'application de cette règle ou par un autre moyen?

Réponse du ministère des Finances

Il nous semble logique et approprié qu'une fiducie soit considérée comme affiliée à son bénéficiaire majoritaire, ainsi qu'à une société contrôlée par ce bénéficiaire. Par exemple, si une fiducie vendait un bien à cette société, la réalisation d'une perte par la fiducie ne se conformerait pas à la politique fiscale.

Nous ne prévoyons pas recommander des modifications des règles sur les personnes affiliées dans leur version actuelle et proposée, car nous estimons qu'elles établissent correctement les circonstances où une fiducie et une autre personne doivent être considérées comme affiliées.

Mais dans le cas décrit, il y a un élément particulier : la succession, dans le contexte du paragraphe 164(6) L.I.R. est traitée un peu comme si elle équivalait au père mort. Et un père n'est pas affilié à une société contrôlée par son fils.

Compte tenu de cette particularité du paragraphe 164(6) L.I.R., le Ministère se penche actuellement sur la question de savoir si des modifications pourraient être de rigueur pour permettre la déclaration d'une perte aux termes du paragraphe dans l'optique des situations de gel successoral et de planification fiscale *post mortem*.

10. LES CONVENTIONS FISCALES ET RETENUES À LA SOURCE

Récemment, les États Unis ont négocié en vertu des conventions fiscales ou protocoles avec le Royaume-Uni, l'Australie et le Mexique des taux de retenues à la source nuls pour les dividendes. D'autres dispositions similaires sont planifiées pour des conventions de certains pays.

Est-ce que le ministère des Finances a l'intention à long terme de diminuer ou d'éliminer les retenues d'impôts des non-résidents sur les intérêts et les dividendes pour les parties liées et non liées?

Réponse du ministère des Finances

Par le passé, les États-Unis et le Canada ont adopté des positions différentes concernant l'imposition des intérêts et dividendes versés à des non-résidents. Depuis un certain temps déjà, la politique américaine à cet égard consiste à réduire, voire à éliminer, lorsque la chose est possible, l'imposition de ces sommes par le pays d'origine, tandis que nous avons généralement conservé notre droit d'imposer les paiements originaires du Canada.

Par ailleurs, il est déjà arrivé que le gouvernement du Canada prenne des mesures pour réduire l'impôt des non-résidents payable sur le revenu gagné au Canada. Entre autres, le Canada a pour politique d'établir, en vertu des conventions fiscales, le taux maximum d'imposition par le pays d'origine. L'un des points importants à mentionner à cet égard est la négociation de

conventions limitant à 5 % le taux d'imposition des dividendes directs (c'est-à-dire versés par une filiale à sa société mère).

Le ministère des Finances connaît l'argument économique avancé pour justifier l'élimination des impôts à la source sur les intérêts et les dividendes. D'ailleurs, dans le cadre des négociations fiscales avec les États-Unis, nous discutons de la possibilité de réduire encore plus les impôts applicables à cet égard, l'accent étant mis sur les intérêts versés à des personnes sans lien de dépendance. Cela dit, la politique générale actuelle du Canada en la matière ne correspond pas à celle des États-Unis, et nous n'entendons pas changer cet état de choses dans un proche avenir.

11. SOINS DE LONGUE DURÉE ET MALADIES GRAVES

De plus en plus, les entreprises offrent à certaines catégories de cadres supérieurs (non actionnaires) des polices d'assurance individuelles contre les maladies graves et des polices d'assurance individuelles de soins de longue durée (sans avenant de remboursement de primes à l'échéance) à l'égard desquelles ces catégories d'employés sont les bénéficiaires. Ces polices d'assurance ne constituent pas de l'assurance vie. Elles sont en sus des couvertures régulières de l'assurance collective offertes à tous les employés telles que l'assurance vie, l'assurance invalidité de longue durée, l'assurance médicaments et dentaire.

Est-ce que les primes payées par l'employeur pour cette catégorie d'employés cadres supérieurs, en ce qui a trait à la protection contre les maladies graves et les soins de longue durée, sont déductibles pour l'employeur?

Est-ce que le fait que l'employeur paye lesdites primes pour les employés constitue un avantage imposable pour les employés en vertu de l'alinéa 6(1)a) L.I.R.?

Le paiement forfaitaire reçu par les employés à l'égard de la police d'assurance contre les maladies graves est-il imposable en vertu de l'alinéa 6(1)f) L.I.R.?

Les versements périodiques reçus par les employés à l'égard de la police d'assurance de soins de longue durée sont-ils imposables en vertu de l'alinéa 6(1)f) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

Police d'assurance contre les maladies graves

Les primes payées par l'employeur seraient déductibles si elles étaient engagées par l'employeur en vue de tirer un revenu d'entreprise ou d'un bien et si elles n'étaient pas déboursées à titre de capital. Lorsqu'un employeur paye des primes d'assurance pour certains de ses employés, lesquels sont les bénéficiaires de l'assurance, nous sommes d'avis que l'employeur engage des dépenses en vue de tirer du revenu de son entreprise. Par conséquent, les primes payées par l'employeur pour des polices d'assurance individuelles contre les maladies graves destinées à certaines catégories d'employés pourraient être déductibles du revenu de l'employeur.

Lorsque l'employeur paye des primes d'assurance pour ses employés, il peut en découler un avantage imposable pour les employés en vertu de l'alinéa 6(1)a) L.I.R. sauf si une des exceptions prévues à cet alinéa s'applique. Le sous-alinéa 6(1)a)(i) L.I.R. prévoit une exception pour les avantages qui résultent des cotisations à un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents. L'assurance contre les maladies graves correspond généralement à une assurance contre la maladie ou les accidents. Même si l'assurance contre les maladies graves est une police d'assurance individuelle, cela ne veut pas dire automatiquement que cette police d'assurance ne fait pas partie d'un régime collectif. Nous sommes d'avis qu'un régime d'assurance collective vise un régime en vertu duquel un certain nombre d'employés est assuré soit en vertu d'une seule police entre l'assureur et un employeur, soit en vertu de polices individuelles qui sont souscrites dans le cadre du régime mis en place par l'employeur pour le groupe d'employés assurés. La question de savoir si les polices d'assurance individuelles sont souscrites dans le cadre d'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents en est une de fait sur laquelle nous ne pourrions nous prononcer sans l'examen d'une situation particulière. En supposant que les polices d'assurance individuelles contre les maladies graves font partie d'un tel régime collectif, il n'y aurait pas d'avantage imposable pour les employés cadres en raison de l'exception prévue au sous-alinéa 6(1)a)(i) L.I.R.

Lorsque l'employé cadre reçoit le montant forfaitaire relatif à cette assurance, nous sommes d'avis que ce montant n'est pas imposable en vertu de l'alinéa 6(1)f) L.I.R. puisque, entre autres, ce genre d'assurance n'assure pas un revenu au bénéficiaire sous la forme d'indemnités payables périodiquement.

Police d'assurance de soins de longue durée

Les primes payées par l'employeur pour cette assurance seraient aussi déductibles de son revenu pour les mêmes raisons que l'assurance contre les maladies graves.

Selon notre compréhension de ce genre d'assurance, nous constatons qu'il existe en général deux mécanismes de paiement de prestations provenant de ces assurances. Le premier mécanisme consiste en un remboursement des dépenses engagées par le bénéficiaire et l'autre en un paiement périodique fixe sans égard aux dépenses réellement engagées par le bénéficiaire de l'assurance. Tel qu'il est mentionné pour les assurances contre les maladies graves, lorsque l'employeur paye des primes d'assurance pour ses employés, il peut en découler un avantage imposable pour les employés en vertu de l'alinéa 6(1)a) L.I.R. sauf si une des exceptions prévues à cet alinéa s'applique. Pour les assurances de soins de longue durée, deux exceptions prévues au sous-alinéa 6(1)a)(i) L.I.R. pourraient être applicables. En effet, si l'assurance rembourse des dépenses au bénéficiaire, cette assurance pourrait correspondre, dans certains cas, à un régime privé d'assurance maladie. Si l'assurance prévoit des paiements périodiques fixes, cette assurance pourrait correspondre à une assurance contre la maladie ou les accidents et faire partie d'un régime d'assurance collective contre la maladie ou les accidents pour les mêmes raisons que celles mentionnées pour l'assurance contre les maladies graves. Si l'assurance correspond à l'une des exceptions stipulées au sous-alinéa 6(1)a)(i) L.I.R., il n'y aurait pas d'avantage imposable pour les employés.

Les versements périodiques reçus par les employés de ces assurances de soins de longue durée ne sont pas imposables en vertu de l'alinéa 6(1)f) L.I.R. s'ils sont reçus à la suite du respect de certaines conditions stipulées au contrat d'assurance à titre de compensation pour des soins reçus à domicile ou en établissement et non pour la perte du revenu afférent à une charge ou à un emploi.

FISCALITÉ PROVINCIALE

PARTIE A

Rapport du président du Comité d'échanges Revenu Québec – APFF

Paul Ryan, avocat
Ravinsky Ryan s.e.n.c., avocats

PARTIE B

Table ronde sur la fiscalité provinciale

Coordonnateur
Daniel Gosselin, CGA, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant Thornton s.e.n.c.r.l.

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

Guy Chabot, FCA
Mallette

Paul Ryan, avocat
Ravinsky Ryan s.e.n.c., avocats

Paul Jr Bergeron, avocat, M. Fisc.
Ministère des Finances du Québec

René Martineau, avocat, M. Fisc.
Revenu Québec

Josée Morin, avocate, M. Fisc.
Revenu Québec

Ginette Pelland, avocate, CGA, M. Fisc.
Revenu Québec

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (PAUL RYAN)

Rapport du président du Comité d'échanges

Revenu Québec – APFF.....	49:5

PARTIE B

Table ronde sur la fiscalité provinciale

1. IMPÔT DES SOCIÉTÉS	49:11
1.1. <i>BULLETIN D'INTERPRÉTATION IT-533 DE L'AGENCE DU</i> <i>REVENU DU CANADA</i>	<i>49:11</i>
1.2. REGISTRE DES DÉPLACEMENTS D'UNE AUTOMOBILE	49:11
1.3. VENTE DE CLIENTÈLE PAR UN EMPLOYÉ À SON NOUVEL EMPLOYEUR.....	49:12
1.4. MISE EN PLACE D'UN RÉGIME D'OPTIONS D'ACHAT D' ACTIONS	49:15
1.5. INTÉRÊTS SUR TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES, TAXE DE VENTE DU QUÉBEC, DÉDUCTION À LA SOURCE, ACOMPTES PROVISIONNELS, ETC.	49:20
1.6. ASSURANCE INVALIDITÉ.....	49:22
1.7. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL – CHOIX TARDIF	49:23
1.8. CAUSE <i>KRUCCO C. LA REINE</i>	49:25
1.9. CALCUL DU REVENU GAGNÉ AU QUÉBEC	49:26
1.10. POINTS AIR MILES PERSONNELS UTILISÉS PAR UNE SOCIÉTÉ	49:27
1.11. REMISES DE DETTES ET TPS-TVQ À REMETTRE.....	49:28
1.12. PROPOSITION CONCORDATAIRE ET TAXE SUR LE CAPITAL	49:29
1.13. SENS DE DIVIDENDE PRESCRIT PRÉVU À L'ARTICLE 308 L.I.	49:31
1.14. ASSUJETISSEMENT À L'ARTICLE 308.1 L.I.	49:32
1.15. REMISE EN ARGENT PAR UNE INSTITUTION FINANCIÈRE LORS DE L'OBTENTION D'UN FINANCEMENT	49:34
2. IMPÔT DES PARTICULIERS	49:36
2.1. LIMITE À LA DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE PLACEMENT	49:36
2.2. FRAIS DE COMPTABILITÉ ET REVENUS DE BIENS	49:42
2.3. RÉVISION DU MONTANT D'AMORTISSEMENT RÉCLAMÉ PAR UN PARTICULIER	49:43
2.4. EXPATRIÉS.....	49:46
2.5. CLAUSES DE NON-CONCURRENCE – POINT DE VUE DU PAYEUR	49:47
2.6. PRIMES D'ASSURANCE RESPONSABILITÉ ENGAGÉES APRÈS LA CESSATION DE L'EXPLOITATION DE L'ENTREPRISE PERSONNELLE	49:49

2.7.	PENSION ALIMENTAIRE PAYÉE À UNE EX-CONJOINTE RÉSIDANT EN FRANCE	49:50
3.	ADMINISTRATION FISCALE	49:51
3.1.	VÉRIFICATION ET CONTENU D'UN ORDINATEUR.....	49:51
3.2.	DOSSIER ÉQUITÉ – REMBOURSEMENTS DEMANDÉS APRÈS LE 31 DÉCEMBRE 2004	49:53
3.3.	PÉNALITÉS DE RETARD ET DÉFENSE DE DILIGENCE RAISONNABLE.....	49:55
3.4.	DIVULGATION VOLONTAIRE	49:56
3.5.	LE PROCESSUS DE PUBLICATION DES LETTRES D'INTERPRÉTATION ET DES MÉMOIRES D'OPINION DE REVENU QUÉBEC	49:58
3.6.	RECOUVREMENT DES IMPÔTS À LA SUITE D'UN AVIS D'OPPOSITION (GRANDE SOCIÉTÉ)	49:59
3.7.	TAUX DE RÈGLEMENT DES AVIS D'OPPOSITION	49:61
3.8.	DÉLAI DE TRAITEMENT D'AVIS D'OPPOSITION.....	49:62
4.	AUTRES	49:63
4.1.	LÉGISLATION RÉTROACTIVE.....	49:63
4.2.	ARRÊT <i>PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA C. JULIAR</i> ET LE QUÉBEC	49:66
4.3.	ERREUR SUR LA CONSIDÉRATION PRINCIPALE EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS ET L'ARRÊT <i>B.E.A. HOLDINGS INC. C. TRAFSYS INC.</i>	49:67
4.4.	ORGANISMES DE BIENFAISANCE	49:68
4.5.	DON D' ACTIONS COTÉES À LA BOURSE	49:69
4.6.	<i>LOI SUR LES CENTRES FINANCIERS INTERNATIONAUX</i>	49:70

PARTIE A
RAPPORT DU PRÉSIDENT DU COMITÉ D'ÉCHANGES
REVENU QUÉBEC – APFF



Paul Ryan

Avocat

Ravinsky Ryan s.e.n.c., avocats

Comme l'an dernier, nos activités des derniers mois ont été ralenties par la période de transition vécue par l'APFF à la suite de la retraite de son président-directeur général, M. Yvon Caron.

Grâce aux contacts de notre nouveau président-directeur général, je dois souligner que l'APFF, après plusieurs années d'absence, a été invitée à participer au processus de consultation prébudgétaire mené annuellement par le ministre des Finances du Québec.

Pour ceux que cela intéresse, vous pourrez avoir accès au mémoire présenté par l'APFF en consultant la rubrique « L'APFF travaille pour vous », sur le site Internet de l'Association.

Je souligne d'ailleurs l'initiative prise par l'APFF de créer cette rubrique pour informer ses membres des interventions publiques qu'elle fait en leur nom.

En consultant cette rubrique, vous constaterez aussi que l'APFF a adressé aux autorités fiscales des représentations importantes au cours de la dernière année à l'égard des divulgations volontaires.

En septembre 2002, l'ARC a adopté une nouvelle politique en matière de divulgations volontaires, après quoi les pratiques de l'ARC et de Revenu Québec ont été substantiellement modifiées.

De l'avis de plusieurs membres, le resserrement résultant de ces nouvelles pratiques a découragé la présentation d'un nombre important de divulgations volontaires, qui auraient par ailleurs été accomplies plus facilement sous les anciennes règles.

Les représentations très détaillées de l'APFF ont d'abord été transmises à l'ARC, compte tenu du fait que la nouvelle approche des autorités fiscales émane des nouvelles politiques fédérales adoptées en septembre 2002.

Cependant, une copie de ces représentations a évidemment été transmise à Revenu Québec et nous entendons discuter de cette question en profondeur avec cette agence au cours des prochains mois.

Parmi les travaux en chantier pour la prochaine année, mentionnons les suivants :

- a) un mémoire est en préparation sur la question de la déductibilité des intérêts et des frais de placement, faisant suite au dernier budget provincial;
- b) depuis quelques années, les deux niveaux de gouvernement se servent de manière plus fréquente de législation à effet rétroactif, un phénomène inquiétant pour la stabilité de notre système de lois et vous pouvez donc être assurés que l'APFF suit cette question de très près et déposera, au besoin, des représentations écrites, comme l'ont fait d'autres organismes récemment;
- c) en plus du processus de consultation prébudgétaire, le ministre des Finances a annoncé qu'il a l'intention de tenir avec l'APFF des séances de consultation occasionnelles plus approfondies, pour notamment absorber les grands enjeux en matière de politique fiscale, et c'est avec entrain que nous avons l'intention de répondre à cette invitation;
- d) enfin, l'APFF, comme vous le savez, effectue tous les deux ans un sondage sur le taux de satisfaction de ses membres dans leurs relations

avec les autorités fiscales et un nouveau sondage est donc normalement prévu pour 2005.

Je profite de cette occasion pour faire appel aux membres de l'APFF en vous demandant de ne pas hésiter à nous transmettre vos idées, questions ou commentaires ou encore à nous signaler votre disponibilité si vous souhaitez participer à nos activités de manière plus active.

Je remercie, enfin, tous les représentants de Revenu Québec pour la générosité dont ils ont fait preuve en participant activement à nos activités et en partageant avec nous leurs compétences et orientations au cours de la dernière année.

PARTIE B

TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ PROVINCIALE

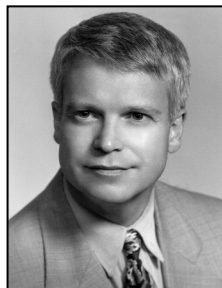


Coordonnateur

Daniel Gosselin

CGA, M. Fisc.

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



Gaétan Bisson

CA, M. Fisc.

Samson Bélair/Deloitte &

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



Guy Chabot

FCA

Mallette



Paul Ryan

Avocat

Ravinsky Ryan s.e.n.c., avocats



Paul Jr Bergeron

Avocat, M. Fisc.

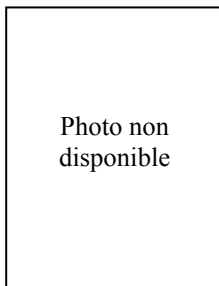
Ministère des Finances
du Québec



René Martineau

Avocat, M. Fisc.

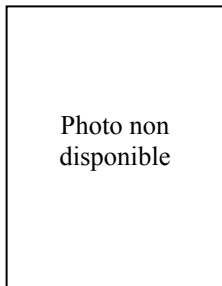
Revenu Québec



Josée Morin

Avocate, M. Fisc.

Revenu Québec



Ginette Pelland

Avocate, CGA, M. Fisc.

Revenu Québec

1. IMPÔT DES SOCIÉTÉS

1.1. **BULLETIN D'INTERPRÉTATION IT-533¹ DE L'AGENCE DU REVENU DU CANADA**

Revenu Québec peut-il confirmer qu'il partage pleinement les positions de l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») énoncées dans le nouveau *Bulletin d'interprétation* IT-533 sur la déductibilité des intérêts, publié le 31 octobre 2003, sous réserve évidemment d'une harmonisation éventuelle avec les propositions législatives du ministère des Finances du Canada du 31 octobre 2003, abordant la problématique relative à l'expectative raisonnable de profit et de la nouvelle restriction sur la déduction des frais de placement prévue à l'occasion du Discours sur le Budget² du 30 mars 2004?

Réponse de Revenu Québec

Revenu Québec partage l'analyse qui est faite de l'état de la jurisprudence sur la question et fait siennes, en principe, sous réserve des particularités législatives applicables au Québec, les interprétations et pratiques administratives qui sont évoquées dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533.

1.2. **REGISTRE DES DÉPLACEMENTS D'UNE AUTOMOBILE**

Dans le budget 2004, il est prévu l'obligation, pour un employé ou une personne liée à celui qui met à la disposition une automobile, de remettre un registre d'utilisation qui indique le nombre de jours où l'automobile a été mise à la disposition de la personne ainsi que le nombre de kilomètres parcourus à des fins personnelles et ceux en relation avec la charge ou l'emploi.

Quelle information doit contenir le registre? Doit-il contenir les endroits aux fins d'affaires, les personnes rencontrées, le moment de la journée et autres informations, s'il y a lieu.

¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003.

² QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2004-2005, Discours sur le Budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 30 mars 2004.

Est-il prévu par Revenu Québec de remettre aux employeurs un registre type?

Réponse de Revenu Québec

Le but de la mesure est de donner aux employeurs un outil qui leur permettra de calculer avec plus d'exactitude la valeur des avantages devant être incluse dans le calcul du revenu des employés relativement à une automobile mise à leur disposition et le montant des cotisations d'employeur et des taxes exigibles à cet égard.

Par conséquent, doit premièrement être inscrit par l'employé sur le registre le nombre de jours de l'année au cours desquels l'automobile a été mise à sa disposition ou à la disposition d'une personne à laquelle il est lié. L'employé doit aussi inscrire sur le registre, pour chacun de ces jours, le nombre total de kilomètres parcourus par l'automobile ainsi que le nombre de kilomètres parcourus par l'automobile en relation avec sa charge ou son emploi ou dans le cours de ceux-ci. À cet égard, il va de soi que pour que soit atteinte la finalité de la mesure, l'employé doit inscrire sur le registre chacun des endroits où il se rend avec l'automobile en y indiquant l'endroit du départ, et ce, avec suffisamment de précision pour établir que le déplacement a été effectué en relation avec sa charge ou son emploi ou dans le cours de ceux-ci ainsi que le nombre de kilomètres parcourus pour s'y rendre. Revenu Québec ne requiert pas qu'un employé indique le nom des personnes rencontrées ou le moment de la journée.

En ce qui concerne les jours non travaillés par l'employé, par exemple un jour de fin de semaine, de maladie ou de vacances, il suffit que soit indiqué sur le registre le nombre total de kilomètres parcourus par l'automobile.

Par ailleurs, il n'est pas dans l'intention de Revenu Québec de dresser un registre type dans le but de le remettre à l'employeur. Toutefois, il pourrait paraître utile à un employeur de dresser un tel registre type à l'intention de ses employés dans le but de simplifier son utilisation des registres que lui remettront ses employés visés par la mesure.

1.3. VENTE DE CLIENTÈLE PAR UN EMPLOYÉ À SON NOUVEL EMPLOYEUR

Dans le cadre de ses fonctions à titre d'employé, une personne développe une clientèle. Au terme de son emploi, l'employeur s'entend avec

son employé pour acheter cette clientèle. L'entente avec l'employé peut alors prendre différentes formes.

L'article 34 de la *Loi sur les impôts*³ prévoit que tout montant qu'un particulier reçoit d'une autre personne alors qu'il est un employé de cette dernière est réputé être reçu à titre de rémunération pour services rendus. Il en est de même de tout montant reçu en paiement d'une obligation découlant d'une entente qui est intervenue entre l'employé et l'employeur, immédiatement avant que la personne ne devienne un employé ou immédiatement après qu'elle a cessé de l'être.

Toutefois, la présomption prévue à l'article 34 L.I. peut être repoussée s'il est démontré que le paiement n'a pas été fait pour services rendus ou à rendre ou en contrepartie d'un engagement d'un employé portant sur ce qu'il doit faire ou ne pas faire avant qu'il ne devienne un employé ou après qu'il eut cessé de l'être.

D'autre part, la législation québécoise sera harmonisée à la législation fédérale en ce qui concerne le nouvel article 56.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴. Le nouvel article a été introduit dans la législation fiscale à la suite du jugement dans l'affaire *Manrell c. La Reine*⁵. Ainsi, une somme reçue relativement à un engagement de non-concurrence est à inclure dans le revenu d'un contribuable, sauf si elle a déjà été incluse dans le calcul du revenu provenant d'une charge ou d'un emploi. Notons que le paragraphe 56.4(1) L.I.R. définit un engagement de non-concurrence comme étant un accord, promesse ou renonciation à un avantage ou à un droit, ayant force exécutoire ou non, qui est conclu, fait ou consenti par un contribuable et qui influe ou qui est de nature à influencer, de quelque manière que ce soit, sur l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services par le contribuable.

Revenu Québec pourrait-il nous donner sa position à l'égard de l'acquisition d'une clientèle d'un employé, dans les scénarios suivants?

- a) avant de devenir un employé de la société qui l'emploie, l'employé était un travailleur autonome. À ce titre, il s'était constitué une importante clientèle. Au terme de son emploi, il est prévu que l'employeur le paiera pour cette clientèle;

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

⁴ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

⁵ [2003] C.A.F. 128 (ci-après « *Manrell* »).

- b) l'employé a commencé son emploi sans aucune clientèle. Au cours de ses années d'exercice, il a développé une importante clientèle. Au terme de son emploi, il est prévu que l'employeur le paiera pour cette clientèle;
- c) l'employé était un travailleur autonome et commence son emploi avec une certaine clientèle. Au cours de ses années de carrière, il accroît celle-ci. Au terme de son emploi, il est prévu que l'employeur le paiera pour cette clientèle;
- d) dans l'un ou l'autre des scénarios a), b) ou c), quelle serait la position de Revenu Québec si le payeur était un confrère employé?

Réponses de Revenu Québec

Question a)

Nous comprenons que la présente question fait référence à une situation où la clientèle développée par le particulier dans le cadre de ses activités de travailleur autonome est exactement celle qui fera l'objet d'un paiement de l'employeur à la fin de l'emploi du particulier et que le moment de l'aliénation correspond au moment du paiement par l'employeur.

Dans un tel contexte, Revenu Québec est d'avis qu'à ce moment la clientèle constitue un « bien » au sens de l'article 1 L.I. et une « immobilisation » au sens de l'article 249 L.I. Par conséquent, puisque la clientèle a continué d'appartenir au particulier jusqu'au moment de l'aliénation, Revenu Québec est d'avis que le particulier réalisera un gain en capital en vertu de l'article 232 L.I. lorsqu'il aliénera sa clientèle au terme de son emploi.

Question b)

Revenu Québec est d'avis qu'il est important de distinguer la situation où il est entendu entre l'employeur et l'employé que la clientèle développée par l'employé en cours d'emploi appartient à l'employeur de celle où il est plutôt entendu que telle clientèle appartient à l'employé.

Dans la première situation, Revenu Québec considère que le montant payé par l'employeur est reçu par l'employé en raison ou à l'occasion de sa charge ou de son emploi au sens de l'article 37 L.I.

Dans la seconde situation, Revenu Québec considère plutôt que, puisque la clientèle constitue un « bien » au sens de l'article 1 L.I. et une « immobilisation » au sens de l'article 249 L.I. et puisqu'elle appartient à

l'employé, celui-ci réalisera un gain en capital en vertu de l'article 232 L.I. lors de l'aliénation au terme de son emploi.

Question c)

La question apporte une nuance à la question a) à savoir que l'employeur effectue un paiement à la fin de l'emploi du particulier tant à l'égard de la clientèle appartenant à ce dernier au début de son emploi qu'à l'égard de celle qu'il aura développée en cours d'emploi.

Dans un tel contexte, Revenu Québec est d'avis que la portion de la clientèle faisant l'objet d'une aliénation à la fin de l'emploi du particulier que ce dernier avait développée en tant que travailleur autonome doit recevoir le même traitement fiscal qu'à la question a). La portion de clientèle développée par le particulier en cours d'emploi doit recevoir le même traitement dans la mesure où elle appartient au particulier. Toutefois, dans la mesure où elle appartient à l'employeur, le montant payé par l'employeur pour cette portion de la clientèle doit être inclus dans le calcul du revenu provenant de la charge ou de l'emploi du particulier en vertu de l'article 37 L.I.

Question d)

Généralement, l'identité de l'acheteur n'influe pas sur le traitement fiscal d'un montant reçu par un employé pour sa clientèle dans une situation de fait donnée.

1.4. MISE EN PLACE D'UN RÉGIME D'OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS

Articles concernés : 7 L.I.R. et 50 L.I. ainsi que l'alinéa 110(1)d) L.I.R. (art. 725.2 L.I.).

Présentement, une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») paie annuellement des bonis de fin d'année à ses employés et actionnaires (qui sont également des employés à temps plein).

Nous aimerions obtenir l'avis de Revenu Québec sur les impacts fiscaux pour la SPCC et les employés résultant de la mise en place d'un régime d'options d'achat d'actions par la SPCC en vue de remplacer le régime de bonification actuel par salaires.

Faits

- 1) Les employés et actionnaires de la SPCC ne sont pas des personnes liées au sens du paragraphe 251(2) L.I.R. et du paragraphe 19 1) L.I. (entre 3 et 15 actionnaires);
- 2) Les conditions afférentes au régime d'options d'achat d'actions font en sorte que les conditions énoncées à l'alinéa 110(1)d) L.I.R. et à l'article 725.2 L.I. sont respectées;
- 3) Une des conditions du régime est de permettre à l'employé de choisir d'acquérir les actions de la SPCC ou de lui demander de procéder au rachat de ses options à leur juste valeur; soit la valeur marchande de l'action au moment de la levée de l'option moins le prix devant être payé par l'employé pour acquérir lesdites actions;
- 4) La SPCC ne peut procéder au rachat des options de l'employé sans le consentement de celui-ci.

Sachant que l'employé demandera le rachat de ses options au lieu de les exercer, nous comprenons que l'impact fiscal découlant du régime d'options d'achat d'actions sera le suivant pour la SPCC et l'employé.

- 1) Un avantage conféré en vertu de l'emploi, équivalant au montant reçu, sera conféré à l'employé (art. 7 L.I.R. et art. 50 L.I.);
- 2) La SPCC pourra déduire le montant versé puisqu'il n'y a pas eu émission d'actions (par. 7(3) L.I.R. et art. 54 L.I.);
- 3) L'employé pourra déduire 50 % de l'avantage lui étant conféré en vertu de l'emploi pourvu qu'il n'ait pas de lien de dépendance avec la SPCC et que l'avantage lui ait été conféré en sa qualité d'employé et non d'actionnaire (al. 110(1)d) L.I.R. et art. 725.2 L.I.).

Questions

Dans les cas ci-après, nous aimerions connaître la position de Revenu Québec relativement à la notion de lien de dépendance, la qualification du montant reçu (qualité d'employé ou d'actionnaire) et sur la déductibilité du montant payé par la SPCC.

Cas 1 Le régime d'options d'achat ne sera offert qu'aux employés actuels de la SPCC, lesquels détiennent personnellement des

actions de cette société ou par l'intermédiaire de leur société de gestion. Celle-ci attribuera un bloc d'options à chacun et le nombre d'options pouvant être exercé annuellement par chacun d'eux sera déterminé par une formule basée sur les profits de la SPCC. Le nombre d'options d'achat d'actions attribué sera proportionnel au pourcentage d'actions détenues par les employés ou par l'intermédiaire de leur société de gestion et leur demande de rachat se fera aussi proportionnellement.

Cas 2 Le régime d'options d'achat ne sera offert qu'aux employés actuels de la SPCC, lesquels détiennent personnellement des actions de cette société ou par l'intermédiaire de leur société de gestion. La SPCC attribuera un bloc d'options à chacun et le nombre d'options pouvant être exercé annuellement par chacun d'eux sera déterminé par une formule basée sur les profits de la SPCC et l'atteinte d'objectifs individuels de performance. Les employés ne demanderont pas nécessairement le rachat des options en proportion des actions détenues par ceux-ci ou par l'intermédiaire de leur société de gestion. Le résultat sur la rémunération globale de chaque employé devrait être identique à celui qui aurait découlé du maintien du système de rémunération par bonis de fin d'année.

Cas 3 Votre réponse serait-elle la même (cas 1 et cas 2) advenant les situations suivantes?

- i) l'historique du régime démontre qu'il n'y a jamais exercice des options; ou
- ii) les modalités du régime font en sorte que l'avantage qui découle du régime pour l'employé-actionnaire revient toujours à peu près au même d'une année à l'autre en comparaison de ce que l'employé aurait reçu si le régime de bonification par salaires avait été maintenu; ou
- iii) les modalités du régime font en sorte qu'en conséquence du rachat des options le revenu imposable de la SPCC correspondra au revenu imposable assujéti au taux réduit d'imposition.

Cas 4 Le régime d'options d'achat sera offert à la fois aux employés actuels de la SPCC, lesquels détiennent personnellement des actions de cette société ou par l'intermédiaire de leur société de gestion ainsi qu'à un nombre limité de cadres non actionnaires. La SPCC

attribuera un bloc d'options à chaque employé. Elle attribuera également un bloc d'options à chacun et le nombre d'options pouvant être exercé annuellement par chacun d'eux sera déterminé par une formule basée sur les profits de la SPCC et l'atteinte d'objectifs individuels. La situation de chaque employé sera différente. Cependant le résultat sur sa rémunération globale devrait être identique à celui qui aurait découlé du maintien du système de rémunération par bonis de fin d'année.

Cas 5 Votre réponse serait-elle la même si le salaire de base actuel des actionnaires employés était réduit à un montant nominal ou inférieur au salaire normal pour l'emploi, la réduction étant plus que compensée par le produit du rachat des options par la SPCC?

Réponse de Revenu Québec

Dans un premier temps, nous confirmons l'exactitude du traitement fiscal que vous préconisez sous la réserve que le montant admissible en déduction aux termes de l'article 725.2 L.I. correspondra à 37,5 % ou 33 1/3 % de la valeur de l'avantage selon que le rachat de l'option se soit produit après le 12 juin 2003 ou après le 30 mars 2004 et pour autant que le particulier opte pour le régime d'imposition général⁶.

En second lieu, il est utile de rappeler que l'article 57 L.I. prévoit que la section relative à l'émission de titres à des employés ne s'applique pas lorsque l'avantage accordé en vertu de la convention visée à l'article 48 n'a pas été reçu en raison de la charge ou de l'emploi.

Par conséquent, la qualification de la nature de l'avantage qu'un particulier reçoit à l'égard d'une option d'achat de titres est impérative puisque le traitement fiscal approprié découlera de cette qualification. Toutefois, cette qualification repose sur les circonstances propres à chaque cas.

À cet égard, nous comprenons que votre demande se situe dans un contexte où une société désire convertir son régime de versement annuel de bonis à ses employés par un régime d'option d'achat d'actions. Nous comprenons aussi que ce sont les particuliers qui bénéficieront de ce régime, que ceux-ci sont tous employés à temps plein de la société et que

⁶ QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 2, sections 1.4. et 1.12. À noter que le régime d'imposition simplifié sera aboli à compter de l'année d'imposition 2005.

d'aucuns sont actionnaires de cette société alors que d'autres le sont par l'intermédiaire de leur société de gestion.

Sous ces considérations, nous vous soumettons les réponses suivantes.

Réponse au cas 1

Nous sommes d'avis que le rachat des options de l'employé constituerait un avantage reçu en raison de sa charge ou de son emploi.

Le cas échéant, l'article 55 L.I. serait inapplicable et la société pourrait, en vertu de l'article 80 L.I., déduire le montant du rachat dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition au cours de laquelle elle a versé ce montant à un employé.

Réponse au cas 2

Nous sommes également d'avis que le rachat des options de l'employé constituerait un avantage reçu en raison de sa charge ou de son emploi. La société pourrait, en vertu de l'article 80 L.I., déduire le montant du rachat dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition au cours de laquelle elle a versé ce montant à un employé.

Réponse au cas 3

Les situations énoncées aux paragraphes i), ii) et iii) ne modifieraient pas nos réponses aux situations 1 et 2.

Réponse au cas 4

Notre réponse serait similaire à celle relative aux cas 1 et 2.

Réponse au cas 5

Nous comprenons que vous faites référence à la réponse relative au cas 4. Pour autant que la réduction du salaire de base des actionnaires, employés de la société, représente les véritables rapports juridiques des parties, notre réponse serait similaire.

Enfin, nous ne pouvons nous prononcer sur la notion de lien de dépendance à partir des faits qui nous sont présentés.

1.5. INTÉRÊTS SUR TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES, TAXE DE VENTE DU QUÉBEC, DÉDUCTION À LA SOURCE, ACOMPTES PROVISIONNELS, ETC.

Revenu Québec peut-il donner sa position exacte sur la déductibilité des intérêts relativement aux éléments suivants dans le calcul du revenu d'entreprise ou de biens, à savoir :

- i) les intérêts sur un avis de cotisation de taxe sur les produits et services (ci-après « TPS »), de taxe de vente du Québec (ci-après « TVQ ») ou de déduction à la source (ci-après « DAS »);
- ii) les intérêts sur la portion « pénalité » d'un avis de cotisation de TPS, de TVQ ou de DAS;
- iii) les intérêts sur un avis de cotisation se rapportant à la taxe sur le capital;
- iv) les intérêts sur la portion « pénalité » d'un avis de cotisation se rapportant à la taxe sur le capital;
- v) les intérêts sur acomptes provisionnels insuffisants relativement à la portion « taxe sur le capital », y compris l'intérêt additionnel de 10 %;
- vi) les intérêts sur un solde d'impôt sur le revenu ou sur un acompte provisionnel d'impôt sur le revenu insuffisant.

Réponse de Revenu Québec

À l'occasion du Discours sur le Budget du 30 mars 2004, il a été annoncé que la législation fiscale serait modifiée afin de ne plus permettre la déductibilité des amendes et des pénalités dans le calcul du revenu provenant d'une entreprise ou de biens. Cette annonce fait suite à une annonce du ministère des Finances du Canada dans le cadre du budget du 23 mars 2004. Le 16 septembre dernier, ce Ministère a publié un Projet de loi intitulé *Propositions législatives, avant-projets de règlement et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*⁷, introduisant, entre autres, le nouvel article 67.6 L.I.R.

⁷ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives, avant-projets de règlement et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, 16 septembre 2004.

Sous réserve du libellé de la modification qui sera apportée à la législation fiscale québécoise, nous comprenons que les intérêts se rapportant à une pénalité ou à une amende sont visés par cette annonce, de telle sorte qu'ils ne sont pas déductibles dans le calcul du revenu provenant d'une entreprise ou de biens. Aussi, les intérêts se rapportant aux pénalités décrites aux paragraphes ii) et iv) ne sont pas déductibles à compter du 23 mars 2004, sauf lorsque ces intérêts découlent d'une amende ou d'une pénalité qui avait été initialement imposée par les autorités fiscales avant le 23 mars 2004 et qu'elle remplissait alors les conditions par ailleurs applicables pour donner droit à une déduction dans le calcul de ce revenu d'entreprise ou de biens.

En ce qui concerne les intérêts versés à l'égard de versements de TPS, TVQ ou DAS tardifs ou incomplets dans la situation décrite au paragraphe i), ils sont déductibles dans le calcul du revenu provenant d'une entreprise ou de biens pour autant qu'ils soient engagés dans le but de gagner un revenu en provenant. Il en va de même pour les intérêts décrits au paragraphe iii).

Dans la situation décrite au paragraphe v), les intérêts prévus à l'article 1038 L.I., qui doivent être payés sur tout versement ou partie de versement d'acomptes provisionnels se rapportant à la taxe sur le capital non effectué à la date prévue, ainsi que les intérêts additionnels sur ce montant calculés en vertu de l'article 1040 L.I., sont déductibles pour autant qu'ils remplissent les conditions par ailleurs applicables pour donner droit à une déduction dans le calcul du revenu d'entreprise ou de biens. Pour plus de précisions, mentionnons que le montant des intérêts additionnels calculé en vertu de l'article 1040 L.I. n'est pas une pénalité.

Par contre, dans la situation décrite au paragraphe vi), un montant d'intérêts calculé en vertu des articles 1037 et 1038 L.I., sur un solde d'impôt sur le revenu à payer ou sur tout versement ou partie de versement d'acomptes provisionnels se rapportant à l'impôt sur le revenu non effectué à la date prévue n'est pas déductible dans le calcul du revenu d'entreprise ou de biens.

Commentaire du ministère des Finances

La position énoncée par Revenu Québec selon laquelle les intérêts se rapportant à une pénalité ou à une amende ne sont pas déductibles à compter du 23 mars 2004, sauf lorsque ces intérêts découlent d'une amende ou d'une pénalité qui avait été initialement imposée par les autorités fiscales avant le 23 mars 2004, est conforme à la politique fiscale annoncée par le MFQ concernant la non-déductibilité des amendes et des pénalités.

1.6. ASSURANCE INVALIDITÉ

Une société est le preneur et le bénéficiaire d'une police d'assurance invalidité. Elle encaisserait les éventuelles prestations versées en vertu de la police. La société continuerait de verser le salaire habituel à l'employé visé par la police pendant la période d'invalidité ou de maladie. L'employé assuré est également actionnaire et administrateur de la société.

Tout comme pour une police d'assurance frais généraux, nous considérons que les primes devraient être admises comme dépenses d'entreprise et toutes prestations reçues par la société en vertu de la police d'assurance invalidité devraient être incluses dans son revenu puisqu'elles permettraient à la société de verser le salaire habituel à l'employé visé par la police pendant la période d'invalidité.

Nous considérons qu'une société qui prend une telle police ne recevrait pas des prestations pour la perte de la capacité de gagner un revenu. Ainsi, nous concluons que les primes sont déductibles et que les prestations sont imposables pour la société.

Revenu Québec peut-il nous confirmer notre position?

Réponse de Revenu Québec

Le traitement fiscal de la prime et des prestations doit être déterminé en fonction des faits propres à chaque situation. Toutefois, nous pouvons émettre les commentaires généraux suivants. Dans les circonstances où un contrat de travail prévoit que l'employeur versera à l'employé un montant correspondant à son salaire pendant une période d'invalidité de ce dernier et que l'employeur, pour faire face à cette obligation, prend une police d'assurance contre l'invalidité de cet employé, Revenu Québec considère que les primes payées par la société en vertu de cette police seraient généralement admises comme dépenses pour la société dans le calcul de son revenu dans la mesure où le salaire de l'employé constitue une dépense engagée dans le but de gagner un revenu. Dans ce contexte, les prestations éventuellement reçues par la société en vertu de la police devraient être incluses dans le calcul de son revenu.

Cependant, dans les circonstances où l'exploitation de l'entreprise de la société repose sur l'employé-actionnaire à l'égard duquel la société a pris une assurance invalidité, Revenu Québec est d'avis que les primes payées par la société en vertu de cette police ne seraient pas admises en déduction

dans le calcul du revenu de la société et les prestations éventuellement reçues par la société en vertu de la police ne seraient pas incluses dans son revenu.

1.7. COMPTE DE DIVIDENDES EN CAPITAL – CHOIX TARDIF

Comme le délai prévu par la *Loi sur les impôts* pour qu'une société privée produise le choix de déclarer un dividende provenant de son compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») est relativement court, il arrive fréquemment qu'un tel choix doive être produit de façon tardive. En effet, ce choix doit être acheminé aux autorités fiscales le premier en date du jour où ce dividende est payable ou du jour où une partie du dividende est payée.

D'autre part, dans le cadre d'une rencontre entre le comité de fiscalité de l'Ordre des comptables agréés du Québec et de Revenu Québec, qui s'est tenue en février 2000, Revenu Québec a mentionné que, pour effectuer de façon tardive le choix de déclarer un dividende provenant de son CDC, une société privée doit demander au Ministre de proroger le délai fixé pour effectuer le choix prescrit, le tout conformément à l'article 1056.4 L.I. Ainsi, il semble qu'il faille suivre les formalités du dossier équité. L'acceptation d'une telle demande est donc à la discrétion du Ministre et, lorsque le choix tardif est accepté par le Ministre, la société privée encourt une pénalité de 100 \$ pour chaque mois entier compris entre le jour où le délai pour produire le choix expire et le jour où la demande est transmise, pouvant atteindre cependant un maximum de 5 000 \$.

Est-ce que ces commentaires représentent toujours les règles appliquées en pratique dans de tels cas par Revenu Québec?

Sinon, quelles sont les formalités à accomplir par une société privée pour produire un choix tardif de déclarer un dividende à même son CDC et quelles sont les pénalités payables dans de telles circonstances par la société privée?

Sous-question au ministère des Finances du Québec

Ne serait-il pas beaucoup plus simple de prévoir une pénalité identique à celle prévue dans la législation fédérale afin de réduire les formalités administratives indiquées dans la réponse donnée au Comité de fiscalité de l'Ordre des comptables agréés du Québec?

Réponse de Revenu Québec

Nous réitérons notre position publiée lors de la rencontre entre le comité de fiscalité de l'Ordre des comptables agréés du Québec et Revenu Québec, qui s'est tenue en février 2000, que, pour effectuer de façon tardive le choix de déclarer un dividende provenant de son CDC, la société peut demander à Revenu Québec de proroger le délai conformément à l'article 1056.4 L.I., pour faire le choix prescrit en vertu de l'article 502 L.I. L'acceptation d'une telle demande est discrétionnaire, et Revenu Québec étudiera chaque demande en fonction des faits qui lui sont propres.

Lorsque le choix tardif est accepté par Revenu Québec, la société encourt une pénalité égale à 100 \$ pour chaque mois entier compris dans la période commençant le jour où expire le délai prévu pour faire ce choix et se terminant le jour où la demande est transmise, jusqu'à concurrence de 5 000 \$ conformément à l'article 1056.6 L.I. Pour obtenir plus de détails, voir le *Bulletin d'interprétation* IMP.1056.4-1⁸.

Réponse du ministère des Finances

Bien que les modalités québécoises de production d'un choix tardif (la demande de prorogation de délai) soient différentes de celles applicables au fédéral, elles font partie, dans la législation québécoise, de modalités d'application plus générales et uniformes. En conséquence, il n'y aurait pas de gain relativement à la simplicité en remplaçant les modalités québécoises actuelles de production tardive, lesquelles sont les mêmes que celles applicables à près de 30 autres choix prévus dans le régime fiscal québécois, par les règles applicables au niveau fédéral pour ce choix.

Par ailleurs, il y a lieu de rappeler que la pénalité est un incitatif à respecter les délais de production des choix ou, à tout le moins, à produire ceux-ci le plus rapidement possible. Aussi, lier le calcul de la pénalité québécoise au retard fédéral aurait pour effet de faire perdre cet incitatif à produire le choix québécois le plus rapidement possible. De plus, rien ne justifie que les choix québécois soient effectués après que ceux-ci ont été effectués au fédéral. Aussi, le MFQ considère que le mécanisme actuel de calcul du montant de la pénalité au Québec reflète adéquatement la politique fiscale en cas de non-respect de cette formalité administrative, puisqu'elle se base sur la période réelle de retard au niveau québécois.

⁸ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP.1056.4-1, « Choix tardif, modifié ou révoqué », 30 décembre 1998.

En conséquence, le ministère des Finances n'envisage pas de modifier les modalités québécoises relatives à la production tardive d'un choix de verser un dividende provenant du CDC.

Finalement, la réponse du ministère du Revenu indique que les modalités actuelles relatives à la prorogation du délai pour produire un choix de façon tardive n'entraînent pas de difficultés particulières, notamment parce que ces modalités sont clairement définies dans un bulletin d'interprétation.

1.8. CAUSE *KRUCCO C. LA REINE*⁹

Quelle est la position de Revenu Québec quant à l'incidence des crédits d'impôt à l'investissement (ci-après « CII ») sur le calcul du revenu protégé en main? Est-ce que la position de Revenu Québec est la même que celle adoptée dans la cause *Krucco*? Est-ce que l'un des deux exemples ci-dessous reflète la position de Revenu Québec?

Exemple 1

Hypothèse : Montant du CII réclamé l'année 1 : 200 \$

Année 1		Année 2	
Revenu	1 000	Revenu	0
		Plus : CII (87u) L.I.)	200
		Revenu total	200
Impôts (50 %)	(500)	Impôts (50 %)	(100)
Revenu après impôts	500	Revenu après impôts	100
Revenu protégé en main	500	Revenu protégé en main	100
Revenu disponible (1000 x 50 % + 200)	700	Revenu protégé total (500 + 100)	600

⁹ [2003] C.A.F. 284 (ci-après « *Krucco* »).

Exemple 2

Hypothèse : Montant du CII réclamé l'année 1 : 200 \$

Année 1		Année 2	
Revenu	1 000	Revenu	0
		Plus : CII (87u) L.I.)	200
		Revenu total	200
Impôts (50 %) : 500		Impôts (50 %)	(100)
Moins CII : (200)			
Impôts nets : 300	(300)		
Revenu après impôts	700	Revenu après impôts	100
Revenu protégé en main	700	Revenu protégé en main	100
		Revenu protégé total	800

Réponse de Revenu Québec

Compte tenu de l'arrêt *Kruco*, l'exemple 2 reflète actuellement la position de Revenu Québec.

1.9. CALCUL DU REVENU GAGNÉ AU QUÉBEC

Une société mère possède la totalité des actions de plusieurs filiales. Certaines de ces filiales exploitent des entreprises uniquement au Québec, d'autres au Québec et dans d'autres provinces alors que certaines n'exploitent des entreprises que dans des provinces autres que le Québec. La question concerne la détermination du revenu gagné pour la société mère.

Est-ce que Revenu Québec pourrait nous indiquer sur quelle base doit s'effectuer le calcul du revenu gagné dans le cas d'une filiale qui n'exploite ses entreprises que dans une ou plusieurs provinces autres que le Québec? En d'autres termes, est-ce que le calcul du revenu gagné de cette filiale doit se faire sur la base du revenu tel qu'il est calculé dans cette province ou tel qu'il

est calculé selon la législation fédérale ou tel qu'il serait calculé si la filiale avait exploité des entreprises au Québec?

Réponse de Revenu Québec

Lorsqu'une société contrôle une autre société ou exerce une influence notable sur une autre société, telles que ces expressions sont définies dans le Manuel de l'ICCA, le calcul du revenu gagné aux fins de l'article 308.2 L.I. doit être effectué sur une base consolidée. À cette fin, Revenu Québec est d'avis que le calcul du revenu gagné de la société mère et des filiales, incluant celles qui n'exploitent leurs entreprises que dans une ou plusieurs provinces autres que le Québec, doit être effectué en fonction des dispositions de la *Loi sur les impôts*.

1.10. POINTS AIR MILES PERSONNELS UTILISÉS PAR UNE SOCIÉTÉ

M. X a accumulé de nombreux points Air Miles par le biais d'achats effectués à des fins personnelles (achats de matériaux pour la rénovation de sa maison, épicerie, etc.) à même sa propre carte de crédit. Évidemment, bien que de tels points s'accumulent sans frais additionnels pour M. X, ce dernier en supporte indirectement le coût par ses achats étant donné que le commerçant adhérent à un tel programme de fidélisation en transfère le coût dans le prix des biens et services qu'il vend. Par la suite, M. X décide de permettre à la société dont il est l'unique actionnaire (ci-après « OPCO ») d'utiliser ses points Air Miles pour des dépenses que doit engager ladite société dans le cadre de l'exploitation de son entreprise.

Question

Si M. X cède « ses points Air Miles » à OPCO pour une contrepartie égale à la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des biens et services acquis par OPCO à même les points Air Miles, quelles seront les conséquences fiscales pour M. X. Quel est le coût fiscal des points Air Miles pour M. X ainsi que pour OPCO?

Réponse de Revenu Québec

La cession des « points Air Miles » par M. X à la société OPCO constitue une avance ou un apport en capital effectué par un actionnaire en faveur d'une société, selon les relations contractuelles existantes entre la société et son actionnaire. Par ailleurs, le montant de cette avance ou de cet apport est évalué en fonction de la JVM du bien ainsi transféré en faveur de la société et n'entraîne aucune conséquence fiscale pour l'actionnaire.

Dans un tel contexte, M. X sera réputé avoir fait une avance ou un apport en capital à la société OPCO équivalant à la JVM des biens et services acquis par OPCO à même les « points Air Miles » utilisés. Si l'on considère qu'il s'agit d'un apport, le PBR des actions qu'il détient dans la société OPCO sera augmenté d'un montant correspondant à la JVM des biens et services acquis par la société, conformément au paragraphe 25e) L.I. S'il s'agit plutôt d'une avance, l'actionnaire pourra recevoir en remboursement de cette avance, sans incidence fiscale, la JVM des biens et services acquis à même les « points Air Miles » utilisés.

1.11. REMISES DE DETTES ET TPS-TVQ À REMETTRE

Une « dette obligataire commerciale », selon la définition de l'article 485 L.I., désigne une dette d'un débiteur à l'égard de laquelle les intérêts, si de tels intérêts avaient existé, seraient déductibles du revenu du débiteur.

Les intérêts sur les montants de la TPS et de la TVQ sont déductibles. À première vue, une dette de TPS ou de TVQ pourrait se qualifier de « dette obligataire commerciale » aux fins de l'application des règles sur les remises de dettes.

Par contre, puisque le contribuable agit à titre de mandataire pour Revenu Québec, ce dernier considère-t-il qu'une dette de TPS-TVQ se qualifie à titre de « dette obligataire commerciale » et que, par conséquent, lors du dépôt d'une proposition par un contribuable, cette dette pourrait enclencher les règles de remises de dettes prévues aux articles 485 et suivants L.I.?

Réponse de Revenu Québec

Plusieurs conditions doivent être remplies pour que les règles sur les remises de dettes prévues à la section III du chapitre VI du titre VII du livre III de la Partie I L.I. s'appliquent à un contribuable. Il faut, entre autres, que la dette faisant l'objet du règlement se qualifie à titre de « dette commerciale », c'est-à-dire, notamment, une dette contractée par le contribuable et à l'égard de laquelle des intérêts ont été payés ou étaient à payer.

À cet égard, l'article 7.16 L.I. nous permet de préciser ce qu'il faut entendre par l'expression « dette contractée ». Elle vise l'obligation de rembourser de l'argent emprunté ou l'obligation de payer un montant, autre que des intérêts, soit en contrepartie d'un bien acquis ou de services rendus, soit qui est déductible dans le calcul du revenu.

Or, lorsqu'un contribuable perçoit un montant de TPS ou de TVQ à la suite de l'exécution d'une fourniture taxable, ce montant de taxe constitue pour lui une dette étant donné que la *Loi sur la taxe d'accise*¹⁰ et la *Loi sur la taxe de vente du Québec*¹¹ obligent à en faire remise. Cependant, l'obligation de remettre ce montant ne correspond à aucune des obligations prévues à l'article 7.16 L.I. En effet, il ne s'agit pas d'argent emprunté ni d'un montant à payer en contrepartie d'un bien ou de services, mais plutôt d'un montant à payer en raison d'une obligation imposée par la loi. Également, puisque le contribuable a l'obligation de percevoir la TPS et la TVQ auprès de l'acquéreur de la fourniture taxable, ces taxes ne seront pas des montants à inclure dans le calcul de son revenu et, lors de leur remise aux autorités concernées immédiatement ou lors d'une cotisation ultérieure, ils ne constitueront pas une dépense déductible dans le calcul de son revenu. Par conséquent, nous sommes d'avis que les montants de TPS et de TVQ ne se qualifieront pas à titre de « dette contractée » ou de « dette commerciale » et ne seront donc pas soumis à l'application des règles sur les remises de dettes.

Cependant, lorsque le contribuable ne perçoit pas les montants de TPS et de TVQ auprès de l'acquéreur et qu'il est personnellement tenu de les payer à la suite d'une cotisation, nous sommes d'avis que les montants ainsi payés, de même que les intérêts liés à la cotisation de TPS et de TVQ, seront généralement déductibles dans le calcul du revenu de l'entreprise ou du bien dont le revenu est à inclure en vertu de l'article 80 L.I. et qui est en lien avec les montants de taxes payés. Par conséquent, ces montants pourraient se qualifier à titre de « dette contractée » en vertu de l'article 7.16 L.I. et de « dette commerciale » en vertu de l'article 485 L.I. et, de ce fait, être soumis à l'application des règles sur les remises de dettes dans le cadre d'une proposition concordataire.

1.12. PROPOSITION CONCORDATAIRE ET TAXE SUR LE CAPITAL

Par position administrative, Revenu Québec accepte, dans le cadre d'une proposition concordataire, que le débiteur produise deux déclarations fiscales pour son année d'imposition (préproposition et postproposition). Pour la déclaration fiscale préproposition, le calcul du revenu imposable est effectué sur la base du revenu gagné par le contribuable pour la période allant du début de l'année d'imposition jusqu'à la date du dépôt de la proposition. Revenu Québec prépare sa preuve de réclamation sur la base de la déclaration fiscale préproposition.

¹⁰ L.R.C. (1985), c. E-15 et mod.

¹¹ L.R.Q., c. T-0.1 et mod.

Quel est le traitement fiscal de la taxe sur le capital d'une société déposant une proposition concordataire? Est-il possible de la prorater selon le nombre de jours de l'année d'imposition précédant la date du dépôt de la proposition ou de l'estimer?

Le ministère des Finances prévoit-il apporter des modifications législatives en vue de prévoir une fin d'année d'imposition présumée à la date du dépôt de la proposition au même type que dans le cas d'une faillite?

Réponse de Revenu Québec à la question 1

À la suite du jugement rendu dans l'affaire *Bernier et Leblond, Buzetti & Associés ltée c. SMRQ*¹², Revenu Québec permet la scission de l'année d'imposition en matière d'impôt sur le revenu. Cette position s'applique tant aux sociétés qu'aux particuliers lorsqu'il y a une proposition concordataire.

En ce qui concerne la taxe sur le capital, la définition de l'expression « année d'imposition » de l'article 1130 L.I., nous renvoie à la Partie I L.I. Par conséquent, les conclusions du jugement mentionné plus haut ayant élargi la portée de l'article 779 L.I. aux cas de propositions concordataires, la taxe sur le capital est également touchée par cette scission. Dans le cas d'une telle scission, comme l'année d'imposition de la société serait réputée se terminer la veille de la date de la proposition concordataire, la société devra calculer la taxe sur son capital versé montré à ses états financiers pour l'année d'imposition terminée à ce moment. Dans ce contexte, l'article 1134 L.I., qui prévoit le calcul de la taxe sur le capital lorsque l'année d'imposition est de moins de 359 jours, pourra trouver application.

Réponse du ministère des Finances à la question 2

Le ministère des Finances entreprendra sous peu, en collaboration avec le ministère du Revenu, une étude globale sur les incidences fiscales des propositions concordataires. Cette étude a notamment pour but de clarifier la législation fiscale compte tenu des motifs exprimés par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Bernier et Leblond*.

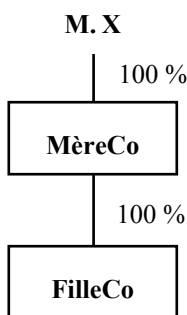
Une fois cette étude terminée, le ministère des Finances fera connaître, le cas échéant, les modifications qui seront apportées à la législation fiscale.

¹² C.A. Québec, n° 200-09-001123-964, 14 mars 2000 (ci-après « *Bernier et Leblond* »).

1.13. SENS DE DIVIDENDE PRESCRIT PRÉVU À L'ARTICLE 308.1 L.I.

En vertu de l'article 308.1 L.I., un dividende reçu par une société, qui pourrait par ailleurs être considéré comme un gain en capital ou un produit de l'aliénation, constitue un dividende déductible et n'est pas visé à l'article 308.1 L.I. pour la partie prescrite du dividende. En vertu de l'article 308.1R1 du *Règlement sur les impôts*¹³, la partie prescrite du dividende correspond à la partie du dividende qui est assujettie à l'impôt de la Partie IV L.I.R., et qui n'est pas remboursée en raison du paiement d'un dividende à une société dans le cadre d'une série d'opérations ou d'événements à l'égard de laquelle s'applique l'article 308.1 L.I.

Prenons la première situation :

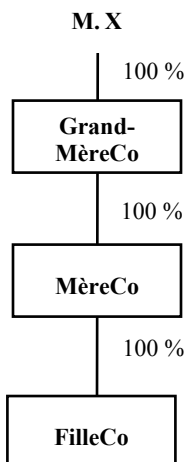


- FilleCo n'a aucun revenu protégé mais dispose d'un solde d'impôt en main remboursable au titre de dividendes (ci-après « IMRTD ») de 300 \$.
- FilleCo verse un dividende de 900 \$ à MèreCo dans le cadre d'une série d'opérations ou d'événements à l'égard de laquelle s'appliquerait l'article 308.1 L.I.
- Dans le cadre de la même série d'opérations, MèreCo verse un dividende de 900 \$ à son actionnaire M. X.

Nous comprenons que le dividende reçu par MèreCo est visé par l'exception prévue à l'article 308.1R1 R.I.

¹³ R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1 et mod. (ci-après « R.I. »).

Prenons la deuxième situation où les faits sont identiques à la situation précédente, excepté que M. X détient des actions dans Grand-MèreCo.



- FilleCo verse le même dividende de 900 \$ à MèreCo, qui le reverse à Grand-MèreCo, qui, elle, le paie à M. X.

Dans une telle situation, il apparaît que le dividende reçu par MèreCo ne serait pas visé par l'exception prévue à l'article 308.1R1 R.I. Quelle est la position de Revenu Québec à cet égard?

Réponse

Dans la mesure où le paiement du dividende à la société Grand-MèreCo et le paiement du dividende à MèreCo font partie de la même série d'opérations ou d'événements à l'égard de laquelle s'applique l'article 308.1 L.I., nous sommes d'avis que l'exception prévue à l'article 308.1R1 R.I. ne s'applique pas à l'égard du dividende reçu par MèreCo, considérant que MèreCo obtient un remboursement à titre de dividendes à l'égard du versement du dividende à la société Grand-MèreCo.

1.14. ASSUJETISSEMENT À L'ARTICLE 308.1 L.I.

Une société reçoit un dividende imposable de 1 000 \$ sur lequel un impôt de la Partie IV L.I.R. de 200 \$ est payable. La portion du gain réduit par le dividende qui est attribuable au revenu protégé de la société est de 400 \$. Un choix en vertu de l'article 308.6 L.I. est produit afin de désigner deux dividendes distincts de 600 \$ et de 400 \$. En l'absence de l'impôt de la

Partie IV L.I.R., le dividende de 400 \$ ne serait pas visé par l'article 308.1 L.I. étant donné qu'il n'excède pas le revenu protégé. Par contre, la totalité du dividende de 600 \$ serait assujéti à l'article 308.1 L.I.

- A) L'ARC a pris position en 1991¹⁴ dans le cadre d'une interprétation technique selon laquelle le premier dividende provenant du revenu protégé de 400 \$ est assujéti en premier lieu à l'impôt de la Partie IV L.I.R. (ainsi que 200 \$ des 600 \$ du deuxième dividende). Par la suite, l'article 308.1 L.I. s'appliquera à 400 \$ des 600 \$ du deuxième dividende distinct puisqu'il ne provient pas du revenu protégé.

La position de l'ARC a été réitérée lors d'un colloque de l'APFF en 1993¹⁵ et est qu'il n'est pas possible de considérer la portion du dividende assujéti à l'impôt de la Partie IV L.I.R. comme un dividende distinct de celui qui représente le revenu gagné. Le dividende sera réputé provenir dans un premier temps du revenu gagné attribuable aux actions.

La position de Revenu Québec est-elle similaire à celle de l'ARC?

- B) De même, l'ARC a pris position afin d'indiquer que, sur le dividende total de 1 000 \$, seule la portion de 600 \$¹⁶ constitue un dividende assujéti à l'impôt de la Partie IV L.I.R. (200 \$ d'impôt de la Partie IV x 3), alors qu'on pourrait prétendre que la totalité du dividende de 1 000 \$ devrait être considéré comme un dividende assujéti à l'impôt de la Partie IV L.I.R.

La position de Revenu Québec est-elle similaire à celle de l'ARC?

Réponse de Revenu Québec

Revenu Québec partage les positions de l'ARC¹⁷, qui ont d'ailleurs été confirmées par la jurisprudence¹⁸. Ainsi, nous sommes d'avis que l'impôt de

¹⁴ *Window on Canadian Tax*, Don Mills, Ont, CCH Canadian, feuilles mobiles, interprétation technique 1282, 6 juin 1991.

¹⁵ « L'article 55 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (table ronde) », (1993) vol. 15, n° 3 *Revue de planification fiscale et successorale* 753-790, p. 764.

¹⁶ Sur la base probablement de l'affaire *943963 Ontario Inc. c. La Reine*, C.C.I. n° 97-2855 (IT) G, 10 juin 1999.

¹⁷ Voir notamment l'interprétation technique JN91_247.249, 8 juin 1991.

¹⁸ *Id.*

la Partie IV L.I.R. est exigible à l'égard de la réception du premier dollar d'un dividende, soit, dans le cas présent, à l'égard de 600 \$. Le revenu gagné n'est pas exonéré de l'impôt de la Partie IV L.I.R. En conséquence, le premier dividende de 400 \$, qui est égal au montant du revenu gagné, fait partie intégrante de la portion du dividende de 600 \$ assujettie à l'impôt de la Partie IV L.I.R. Une portion de 200 \$ des 600 \$ du deuxième dividende est également assujettie à l'impôt de la Partie IV L.I.R.

1.15. REMISE EN ARGENT PAR UNE INSTITUTION FINANCIÈRE LORS DE L'OBTENTION D'UN FINANCEMENT

La présente question a pour but de clarifier la situation concernant le traitement fiscal lors d'une remise en argent effectuée par une institution financière dans le cadre du financement rattaché à l'acquisition d'un immeuble locatif.

Plus particulièrement, nous aimerions connaître la position de Revenu Québec dans la situation suivante.

Un contribuable désire acheter un immeuble locatif d'une valeur de 500 000 \$.

Son institution financière lui propose un prêt hypothécaire de cinq ans pour un financement de 400 000 \$.

L'institution financière du contribuable lui consent aussi une remise en argent de 5 %, soit 20 000 \$, que le contribuable utilise notamment pour la mise de fonds. Cette remise en argent est consentie au contribuable en échange d'un prêt hypothécaire de cinq ans au taux d'intérêt affiché par l'institution financière et non pas d'un taux négocié selon les meilleures conditions possibles pour un tel terme.

Question

Quel est le traitement fiscal, pour le contribuable, de la remise en argent de 20 000 \$?

Y aurait-il une différence dans le traitement fiscal selon que le contribuable utilise la méthode de comptabilité de caisse au lieu d'une comptabilité d'exercice?

Peut-il effectuer le choix de réduire le PBR du terrain (en vertu de l'article 257.2 L.I.) ou le coût en capital de la bâtisse (en vertu de l'article

101.6 L.I.) si le financement est obtenu dans le cadre de l'acquisition de l'immeuble locatif?

Réponse de Revenu Québec

À la lumière des faits présentés, Revenu Québec considère que la remise en argent de 20 000 \$ effectuée par l'institution financière est un paiement incitatif visé au paragraphe 87(w) L.I. qui a été consentie dans le cadre du financement du prix d'acquisition de l'immeuble locatif et non pas au regard de l'acquisition de cet immeuble.

En règle générale, un contribuable qui reçoit dans une année d'imposition un paiement incitatif doit inclure ce montant dans le calcul de son revenu provenant d'une entreprise ou d'un bien pour cette année conformément au paragraphe 87(w) L.I. La remise obtenue procure un avantage au débiteur en ce que sa charge d'intérêts est réduite dès la conclusion du financement plutôt que d'avoir été répartie sur la durée de l'emprunt, dans la situation où le taux d'intérêt aurait été négocié à la baisse dans les meilleures conditions du marché.

Par ailleurs, l'article 87.4 L.I. prévoit qu'un choix peut être effectué à l'égard du montant d'un débours ou d'une dépense fait ou engagé dans l'année au cours de laquelle un montant est reçu à titre de paiement incitatif (l'année de la réception du paiement incitatif), au cours de l'année qui suit l'année de la réception du paiement incitatif ou au cours de l'une des années d'imposition qui précèdent l'année de la réception du paiement incitatif. Un tel choix fait en sorte que le montant du débours ou de la dépense est réputé avoir toujours été l'excédent du montant du débours ou de la dépense sur le moindre du montant qu'il choisit en vertu de l'article 87.4 L.I. ou du montant ainsi reçu par le contribuable. Dans votre situation, un tel choix ne serait possible qu'à l'égard de la dépense d'intérêts relative à l'année d'imposition de la réception du paiement incitatif et de l'année d'imposition qui suivra celle de la réception de ce paiement incitatif.

Le fait qu'un contribuable utilise une comptabilité de caisse plutôt que la comptabilité d'exercice ne modifierait pas le traitement fiscal applicable à cette remise en argent.

2. IMPÔT DES PARTICULIERS

2.1. LIMITE À LA DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE PLACEMENT

Lors du budget 2004-2005, le ministre des Finances a annoncé la mise en place d'une restriction à la déductibilité des frais de placement. La déduction des frais de placement est donc limitée aux revenus de placement, sous réserve de certaines exceptions. Les dépenses excédentaires peuvent être reportées aux trois années précédentes et indéfiniment aux années subséquentes. Ces mesures sont applicables à compter du 30 mars 2004. Aussi, il est prévu que les frais et les revenus de placement considérés « comprendront notamment les frais de placement [énumérés] qui seraient par ailleurs considérés pour le calcul de la perte nette cumulative sur placements, si ce n'était de la présente limitation ».

Question A En vertu de cette mesure, Revenu Québec peut-il confirmer si elle vise les situations suivantes?

- i) Un particulier effectue un emprunt auprès d'une institution financière afin d'acquérir les actions d'une société qui exploite une entreprise active. Il est un actionnaire dirigeant qui participe activement aux activités quotidiennes de l'entreprise et il reçoit à même les bénéfices une rémunération sous forme de salaire;
- ii) un particulier effectue un emprunt auprès d'une institution financière afin d'investir sous forme d'actions d'une société de gestion. Les fonds investis sont utilisés par la société de gestion afin d'acquérir les actions d'une société qui exploite une entreprise active. Le principal actif de la société de gestion consiste donc en des actions d'une filiale qui exploite une entreprise active. Il est un actionnaire dirigeant qui participe activement aux activités quotidiennes de l'entreprise de la filiale et il reçoit à même les bénéfices une rémunération sous forme de salaire;
- iii) un particulier effectue un emprunt auprès d'une institution financière afin d'investir sous forme d'actions d'une société qui exploite une entreprise active. Il est un actionnaire dirigeant qui participe activement aux activités quotidiennes de l'entreprise et il reçoit à même les bénéfices une rémunération sous forme de salaire. Les fonds investis sont utilisés par la société dans le but de gagner un revenu d'entreprise;
- iv) les faits sont les mêmes qu'au point iii) sauf que l'investissement dans la société est effectué sous forme de prêt sans intérêt;

- v) un particulier effectue un emprunt auprès d'une institution financière afin d'investir sous forme d'actions d'une société de gestion dont le principal actif consiste en des actions d'une filiale qui exploite une entreprise active. Il est un actionnaire dirigeant qui participe activement aux activités quotidiennes de l'entreprise de la filiale et il reçoit à même les bénéfices une rémunération sous forme de salaire. Les fonds investis sont utilisés par la société de gestion pour effectuer un prêt sans intérêt à sa filiale, qui, elle-même, utilise ces fonds dans le but de gagner un revenu d'entreprise;
- vi) les faits sont les mêmes sauf que l'actionnaire dirigeant ne participe pas activement aux activités quotidiennes.

Question B

Au sujet du report des dépenses excédentaires engagées pour 2004 ou pour une année subséquente, le budget ne précise toutefois pas si elles peuvent être reportées avant 2004, sauf pour dire que la mesure s'applique à compter du jour du budget. Par exemple, un contribuable déclare d'importants revenus de placement en 2003. En 2005, il subit d'importantes pertes et ne peut déduire ses frais de placement excédentaires pour cette année. Il aura alors intérêt à reporter ces dépenses en 2003. Pouvez-vous nous confirmer que, pour cet exemple, les dépenses excédentaires de 2005 sont déductibles en 2003?

Question C

Le texte de la mesure prévoit que le revenu et les dépenses de placement considérées dans le calcul de la limite de la déductibilité des frais de placement seront toutes les dépenses engagées pour gagner un revenu de biens, autre qu'un revenu de location, « et comprendront notamment les frais de placement [énumérés] qui seraient par ailleurs considérés pour le calcul de la perte nette cumulative sur placements, si ce n'était de la présente limitation ». En anglais, cet extrait est traduit par « and will include in particular the following investment expenses that would *otherwise* be considered in calculating the cumulative net investment loss, were it not for this limitation ».

Du moins en anglais, cette phrase peut suggérer que, lorsqu'un élément est inclus dans la limite à la déduction des dépenses, il n'est alors pas considéré une deuxième fois dans le calcul de la perte nette cumulative sur placements. Ainsi, un élément limité à titre de frais de placement ne serait pas doublement pris en compte en étant également inclus dans la perte nette

cumulative sur placements. Pouvez-vous nous confirmer ce que sera la mesure finale et, surtout, quelle est l'incidence de cette mesure sur le calcul de la perte nette cumulative sur placements, et vice versa?

Question D

La partie des rentes ordinaires qui constituent l'élément « revenu » et les revenus accumulés d'une police d'assurance vie sont considérés comme des revenus de biens et, de ce fait, inclus dans le calcul des revenus de placement. Qu'en est-il des revenus provenant d'un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») ou revenus provenant d'un fonds enregistré de revenu de retraite (ci-après « FERR »)?

Question E (adressée au ministère des Finances)

Cette mesure semble cibler les frais de placement engagés pour gagner un revenu passif provenant de biens, tels les placements en actions. Bien que les documents budgétaires ne donnent aucune précision, cette mesure semble également viser les frais de placement engagés pour investir dans les petites et moyennes entreprises (ci-après « PME »), qui sont incorporées. Auquel cas, un particulier exploitant une entreprise par le biais d'une société serait désavantagé relativement à un particulier exploitant personnellement une entreprise. Or, les PME incorporées sont un important moteur de l'économie québécoise et de création d'emplois dont les besoins de financement doivent souvent être comblés par un actionnaire qui est un particulier.

Par ailleurs, cette nouvelle mesure législative a un effet négatif sur les investisseurs du Québec. Cette mesure limitera la déductibilité des frais de placement d'un particulier dans une année au montant de revenus provenant de tels placements.

L'objectif de cette mesure est de faire un appariement entre les dépenses déductibles à titre de frais de placement et les revenus de placement qui seront réalisés dans l'avenir, incluant le gain en capital imposable. Cela est très différent des mesures proposées par le fédéral. Par exemple, les individus et fiducies qui ont une perte nette d'investissement résultant d'un mauvais choix ne pourront pas déduire leurs frais de placement relativement à cet investissement jusqu'au moment où ils auront suffisamment de revenus de placement, ce qui peut signifier plusieurs années.

Ce qui fait en sorte qu'un contribuable du Québec sera nettement désavantagé par rapport aux contribuables des autres provinces.

Un autre point est que seulement le gain en capital imposable réalisé sera inclus dans le calcul du revenu net de placement, donc même si le portefeuille a augmenté de beaucoup dans l'année, mais que les actions n'ont pas été vendues, cette augmentation ne permettra pas la déduction des frais de placement.

Le ministère des Finances peut-il commenter sur ces aspects de politique fiscale?

Réponse A de Revenu Québec

De façon générale, pour l'ensemble des situations exposées, les frais d'intérêt payés par un actionnaire, qui sont par ailleurs déductibles dans le calcul du revenu, sur des emprunts contractés afin d'investir sous forme d'actions et sous forme de prêt sans intérêt, et ce, peu importe le type de société et la nature des actifs de ces sociétés, sont considérés dans les frais de placement aux fins de la mesure relative à la « Limite à la déductibilité des frais de placements »¹⁹ annoncée dans le Discours sur le Budget 2004-2005. De plus, le fait que l'actionnaire soit un dirigeant qui participe activement aux activités quotidiennes de l'entreprise exploitée par la société ou par une filiale n'est pas un facteur à prendre en considération aux fins de cette mesure.

Réponse B de Revenu Québec

Il est mentionné, dans les documents budgétaires, que les frais de placement qui ne pourront être déduits dans une année d'imposition donnée pourront être reportés à l'encontre des revenus de placement gagnés dans une des trois années d'imposition précédentes ou dans toute année d'imposition subséquente, et ce, dans la mesure où les revenus de placement gagnés dans l'une ou l'autre de ces années seront supérieurs aux frais qui auront alors été déduits. De plus, il est prévu que la mesure s'appliquera à compter du 30 mars 2004. En conséquence, dans votre exemple, les frais de placement qui ne pourront être déduits en 2005 pourraient être reportés à l'encontre des revenus de placement gagnés en 2002, 2003 ou 2004.

Réponse C de Revenu Québec

Il est mentionné, dans les documents budgétaires, que les frais de placement comprendront notamment les frais de placement qui y sont

¹⁹ QUÉBEC, ministère des Finances, *op. cit.*, note 2, pp. 162-165.

énumérés et qui seraient par ailleurs considérés pour le calcul de la perte nette cumulative sur placements (ci-après « PNCP »), si ce n'était la présente limitation. Pour répondre à cette interrogation, les frais de placement considérés aux fins de la nouvelle mesure ne sont pas exclus du calcul de la PNCP. Toutefois, lorsque les frais de placement sont limités quant à leur déductibilité dans une année d'imposition, en raison d'une insuffisance de revenus de placement dans cette année d'imposition, la portion du total des frais de placement qui n'aura pas été déduite dans cette année d'imposition diminuera le total des frais de placement pris en compte dans le calcul de la PNCP pour cette année d'imposition. Les frais de placement reportés dans une année antérieure ou une année subséquente seront pris en compte dans le calcul de la PNCP pour une année d'imposition où il y a eu un report.

Réponse D de Revenu Québec

Nous sommes d'avis, considérant que les revenus provenant d'un REÉR ou d'un FERR ne sont pas des revenus de placement inclus dans le calcul de la PNCP, que ces revenus ne doivent pas être pris en compte dans les revenus de placement aux fins de la mesure relative à la limite à la déductibilité des frais de placements.

Réponse E (ministère des Finances)

Cette mesure a été introduite dans un contexte plus général de réduction des dépenses fiscales au Québec. Ainsi, lors du Discours sur le Budget du 12 juin 2003²⁰, divers resserrements ont été apportés au régime fiscal des entreprises et une révision complète des dépenses fiscales a alors été annoncée.

Cette révision, terminée lors du Discours sur le Budget du 30 mars 2004, a entraîné d'autres réductions aux dépenses fiscales dont deux mesures touchant principalement les particuliers à hauts revenus, soit la déduction pour options d'achat de titres et la déductibilité des frais de placement.

Investissement dans une PME incorporée

Le choix de la structure d'exploitation d'une entreprise doit s'effectuer en considérant les avantages et les inconvénients de chaque option envisagée. À titre d'exemple, le particulier qui exploite personnellement une

²⁰ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2003-2004, Discours sur le Budget et Renseignements additionnels sur les mesures fiscales*, 12 juin 2003.

entreprise peut déduire les frais de placement engagés pour gagner le revenu provenant de cette entreprise, mais il ne peut, par ailleurs, bénéficier de certaines mesures fiscales, tels les crédits d'impôt remboursables basés sur l'accroissement de la masse salariale et le congé fiscal de 10 ans pour les PME manufacturières des régions ressources éloignées.

D'autre part, en exploitant une entreprise par l'intermédiaire d'une société, un particulier ne peut déduire, à l'encontre de ses autres revenus, les pertes provenant de l'entreprise y exploitée. Toutefois, une telle structure d'exploitation offre des avantages tels que le report d'impôt découlant de l'écart entre les taux d'imposition des sociétés par rapport à ceux des particuliers et la possibilité, pour un particulier, d'exempter le gain en capital lors de l'aliénation de ses actions.

De plus, comme l'actionnaire dirigeant d'une société bénéficie d'une certaine flexibilité quant au choix de la forme de rémunération (revenu d'emploi, dividendes, etc.), il lui sera ainsi possible d'atténuer les effets de la mesure en recevant une partie de sa rémunération sous forme de dividendes, plutôt que sous la forme d'un revenu d'emploi.

Enfin, plutôt que de contracter lui-même l'emprunt, le particulier peut garantir l'emprunt contracté par la société dont il est un actionnaire. Si les fonds empruntés sont utilisés pour l'exploitation d'une entreprise de la société, celle-ci pourra déduire les intérêts versés sur cet emprunt, car elle n'est pas assujettie aux règles de limitation de la déductibilité des frais de placement.

Incidence sur les investisseurs québécois

La limite à la déductibilité des frais de placement vise à établir une certaine symétrie entre le flux des revenus provenant de la détention des placements et les dépenses engagées pour gagner de tels revenus. Ainsi, un écart temporel pourra être créé entre la période où un investisseur québécois engagera des frais de placement et celle où il pourra déduire de tels frais.

Toutefois, sur un horizon à long terme, l'investisseur québécois ne devrait pas être désavantagé par rapport à l'investisseur d'une autre province compte tenu du fait que cette mesure constitue essentiellement une mesure de report. Enfin, la limitation étant calculée sur l'ensemble des placements détenus par l'investisseur, les dépenses engagées à l'égard d'un type de placement au cours d'une année d'imposition donnée pourront être compensées par les revenus réalisés sur un autre placement au cours de cette même année.

Conclusion

En conclusion et compte tenu de ce qui précède, aucune modification n'est présentement envisagée concernant la mesure relative à la déductibilité des frais de placement. Cependant, comme à l'égard de chacune des mesures fiscales qu'il instaure ou modifie, le ministère des Finances observera les répercussions de cette mesure et apportera, le cas échéant, les améliorations appropriées.

2.2. FRAIS DE COMPTABILITÉ ET REVENUS DE BIENS

La présente question a pour but de clarifier la situation concernant la déduction des frais financiers dans le calcul du revenu tiré de biens.

Il semble que, récemment, Revenu Québec ait fait parvenir des avis de nouvelle cotisation, notamment dans le cas de fiducies, dans lesquelles il refusait les frais de comptabilité lorsque les seuls revenus déclarés étaient des revenus provenant de biens.

Or, dans la dernière décennie, nous avons vu apparaître une multitude de nouveaux produits financiers comportant des règles fiscales particulières, souvent d'une complexité importante. Nous n'avons qu'à penser aux unités de fiducies de revenus ou encore de fonds communs de placement ainsi qu'à certains titres étrangers (taux de change, crédits d'impôt étrangers, *spin-off*, etc.). Ces placements requièrent une comptabilité minutieuse et précise.

D'ailleurs, selon les instructions fournies dans la dernière version (2003-12) du guide TP-646.G Fiducies – Guide de la déclaration de revenus²¹, il semble que Revenu Québec ait pour politique d'accepter les frais de comptabilité relatifs aux revenus de placement.

La position de Revenu Québec à cet égard a-t-elle changé?

Revenu Québec peut-il nous faire part de sa position exacte quant à la déduction des frais de comptabilité relatifs aux revenus de placement, lorsque ces derniers sont engagés pour la comptabilisation des revenus de placement, pour la production des déclarations de revenus, ainsi que pour le suivi du prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des placements, et ce, tant pour les particuliers que pour les fiducies?

²¹ REVENU QUÉBEC, *Guide TP-646.G (2003-12)*, « Guide de la déclaration de revenus des fiducies », 2003, p. 22.

Réponse de Revenu Québec

En premier lieu, mentionnons que Revenu Québec n'a pas modifié sa position à l'égard de la déductibilité des frais de comptabilité relatifs aux revenus de placement et que, par conséquent, les cotisations dont il est fait état dans la question ne font pas suite à un tel changement. Ces cotisations seraient donc relatives à des situations particulières à l'égard desquelles nous n'avons pas de détails.

Par ailleurs, notre position à l'égard de la déductibilité d'une dépense engagée par un contribuable dans le calcul de son revenu tiré d'un bien est que cette dépense doit être engagée dans le but d'en tirer un revenu de bien, qu'elle ne soit pas une dépense en capital ni une dépense personnelle et, enfin, qu'elle soit raisonnable dans les circonstances.

De façon plus particulière, les honoraires et frais raisonnables engagés en vue d'obtenir des conseils et de l'aide pour établir et produire des déclarations de revenus aux fins de l'impôt sur le revenu sont déductibles en vertu de l'article 128 L.I. dans le calcul du revenu tiré d'un bien auquel se rapporte cette déclaration. La comptabilisation des revenus de placement étant une activité nécessaire à l'établissement des déclarations de revenus d'un contribuable, les honoraires engagés pour une telle activité sont déductibles dans le calcul du revenu tiré d'un bien.

En ce qui a trait à la situation où des honoraires seraient relatifs au suivi du PBR des placements, ils ne constitueraient pas une dépense engagée ou effectuée en vue de réaliser l'aliénation d'un bien (directement reliée à l'aliénation) ni une dépense engagée relativement à des activités courantes, accessoires ou nécessaires afin de tirer un revenu de biens, ils ne seraient donc pas déductibles.

2.3. RÉVISION DU MONTANT D'AMORTISSEMENT RÉCLAMÉ PAR UN PARTICULIER

La présente question a pour but de clarifier la situation concernant les demandes de révision du montant d'amortissement du coût en capital réclamé.

Revenu Québec, dans son *Bulletin d'interprétation* IMP.130-1/R2²², mentionne ceci au sous-paragraphe b du paragraphe 5 :

« Une demande de révision de l'amortissement du coût en capital, pour une année d'imposition à l'égard de laquelle aucun impôt n'était payable, n'est acceptée que si elle n'entraîne aucun changement soit dans la cotisation d'impôt pour l'année ou toute autre année, soit quant à tout montant d'impôt réputé avoir été payé en vertu de l'article 1029.2 de la *Loi sur les impôts* (L.R.Q., c. I-3), ci-après désignée « LI » ou qui est visé par l'article 1005 de la LI et pour lesquels dans chacun des cas le délai de production d'un avis d'opposition est expiré.

L'expression « cotisation d'impôt » comprend, lorsqu'il s'agit d'un travailleur autonome, les contributions payables en vertu de la *Loi sur le régime de rentes du Québec* (L.R.Q., c. R-9) mais ne comprend pas le remboursement d'impôts fonciers effectué en vertu de la Loi²³. »

- A) Il semble que l'expression « cotisation d'impôt » inclurait aussi la cotisation à l'assurance médicaments, le *Bulletin d'interprétation* IMP.130-1/R2 ayant été révisé pour la dernière fois en janvier 1994, soit avant l'entrée en vigueur du régime d'assurance médicaments.
- B) Revenu Québec peut-il nous confirmer que les cotisations payables en vertu du régime d'assurance médicaments sont comprises dans l'expression « cotisation d'impôt »?
- C) La position de Revenu Québec exprimée dans son bulletin rend beaucoup plus difficile l'acceptation de la demande de révision du montant d'amortissement pour un particulier que pour une société. En effet, pour les travailleurs autonomes à revenus modestes, une demande de modification à l'amortissement pour une année antérieure pourrait aisément ne rien changer au montant de l'impôt sur le revenu payable mais modifiera automatiquement la cotisation au Régime de rentes du Québec. Pour des raisons d'équité fiscale, Revenu Québec est-il prêt à accepter, en vertu du dossier équité ou autrement, une demande de révision du montant de l'amortissement du coût en capital réclamé pour un particulier dans une telle situation?

²² REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* 130-1/R2, « Révision du montant d'amortissement du coût en capital réclamé », 31 janvier 1994, s.-par. 5 b.

²³ *Id.*

- D) Dans le cas où la demande de révision du montant d'amortissement du coût en capital réclamé n'influerait pas sur la cotisation d'impôt mais plutôt sur le calcul d'un des nombreux crédits d'impôts remboursables (frais de garde d'enfants, TVQ, etc.), Revenu Québec peut-il nous confirmer qu'il accepterait la demande de révision du montant d'amortissement du coût en capital réclamé?

Réponses de Revenu Québec

- A) Le *Bulletin d'interprétation* IMP. 130-1/R2 sera sous peu révisé pour que soit précisé qu'aux fins de celui-ci l'expression « cotisation d'impôt » comprend aussi les cotisations payables par un travailleur autonome en vertu de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*²⁴ et en vertu de la *Loi sur l'assurance médicaments*²⁵.
- B) Revenu Québec n'entend pas déroger à sa politique administrative dans les cas où une demande de révision de l'amortissement du coût en capital réclamé est présentée par un travailleur autonome. En matière de déduction discrétionnaire, dans le cadre du dossier équité, Revenu Québec a d'ailleurs pris une position qui va dans le même sens :

« Le ministre ne traitera pas une demande de remboursement qui constitue une demande d'augmentation d'une déduction pour laquelle le contribuable n'avait pas choisi, initialement, de demander le montant maximal permis. Par exemple, le ministre ne cotisera pas de nouveau un contribuable qui lui demande d'augmenter le montant qu'il avait déduit à titre d'amortissement dans une année pour laquelle les délais pour cotiser sont maintenant expirés. Cette exception vise les cas où le particulier connaissait le montant de déduction auquel il avait droit et qu'il a décidé de ne réclamer qu'une fraction de ce montant pour l'année visée dans le but de répartir le montant total de la déduction sur plusieurs années²⁶. »

- C) Comme le mentionne le sous-paragraphe b du paragraphe 5 du *Bulletin d'interprétation* IMP. 130-1/R2, Revenu Québec ne répond pas favorablement aux demandes de révision de l'amortissement du coût en capital réclamé qui entraînent une modification au montant d'impôt réputé

²⁴ L.R.Q., c. R-5.

²⁵ L.R.Q., c. A-29.01.

²⁶ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1051-2, « Dossier équité – Remboursement relatif à l'année d'imposition 1985 ou à une année subséquente », 30 avril 1996.

payé en vertu du chapitre III.I du titre III de la Partie 1 L.I. que vise l'article 1005 L.I.

2.4. EXPATRIÉS

À la suite de la sanction du Projet de loi 36, le 7 juin dernier, nous comprenons que les règles sur « l'imposition au départ » sont maintenant en vigueur. Par conséquent, des garanties peuvent être fournies au Ministère dans certaines situations. Nous comprenons cependant que Revenu Québec n'a pas actuellement de procédures relatives à la déclaration des biens sujets à « l'imposition au départ » et au choix des garanties à fournir. Par conséquent, pouvez-vous nous confirmer qu'aucune garantie ne sera exigée jusqu'au moment où ces procédures seront mises en place.

Pouvez-vous nous indiquer quand Revenu Québec prévoit mettre en place ces procédures?

Vous serait-il possible de nous indiquer le nom d'une personne à qui nous pouvons adresser nos questions relatives aux règles de « l'imposition au départ » et qui est spécialisée dans le domaine?

Réponses de Revenu Québec

Les mesures législatives consacrant les conséquences fiscales découlant de la migration d'un contribuable ont été introduites par le Projet de loi 36, devenu depuis le chapitre 8 des *Lois du Québec* de 2004. Elles sont en vigueur depuis le 7 juin 2004, mais elles ont effet à l'égard de tout changement de résidence survenant après le 1^{er} octobre 1996.

Revenu Québec a fait, dès 1996, une application immédiate des mesures fiscales annoncées par le ministère des Finances à cet égard avec, par contre, les mêmes aménagements prévus par la législation fédérale. Ainsi, et conformément au sous-paragraphe a du sous-paragraphe 3 du paragraphe 2 de l'article 182 du chapitre 8 des *Lois du Québec* de 2004, la dette fiscale née avant l'année d'imposition 2005 cessera d'être exigible dès que des sûretés auront été fournies au plus tard le 30 avril 2005 ou le 15 juin 2005, selon que le particulier soit en affaires ou non, ou bien qu'elles seront considérées comme ayant été fournies. La dette fiscale ne redevient exigible que lorsque les biens ayant généré l'impôt de départ sont aliénés dans les faits à leur tour.

Revenu Québec n'a pas de procédure particulière ni d'équipe spécialisée pour répondre aux questions afférentes à cette clientèle, non plus que pour traiter de façon spécifique les divers formulaires.

Revenu Québec n'entend pas, dans l'immédiat du moins, changer ses pratiques à cet égard. Cependant, le CPF a des répondants spécifiques en ce qui a trait aux sûretés à fournir en pareilles hypothèses. Actuellement, à Montréal, on peut joindre Mme Réda Hanna au (514) 287-6282, tandis qu'à Québec on peut s'adresser à M. Jean-Pierre Roy au (418) 577-0283.

Pour ce qui est des demandes de renseignements concernant ces dispositions législatives ou les pratiques administratives à cet égard, elles peuvent être acheminées aux bureaux régionaux de Revenu Québec. Par ailleurs, les demandes d'interprétation concernant ces mesures peuvent être acheminées à la Direction des lois sur les impôts de la Direction générale de la législation et des enquêtes.

2.5. CLAUSES DE NON-CONCURRENCE – POINT DE VUE DU PAYEUR

Lors du Congrès 2003 de l'APFF²⁷, Revenu Québec s'était prononcé sur le traitement fiscal accordé aux engagements de non-concurrence à la suite de la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Manrell*. À ce moment, Revenu Québec indiquait qu'il entendait respecter la décision de la Cour d'appel fédérale à l'égard de faits similaires à ceux ayant fait l'objet de cette décision.

Le 7 octobre 2003, le ministère des Finances du Canada a annoncé, par voie de communiqué²⁸, son intention de proposer des modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, concernant le traitement fiscal à accorder aux sommes reçues ou à recevoir par un contribuable dans le cadre d'une clause de non-concurrence.

²⁷ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp 56:15-54, question 1.1, aux pages 56:17-18.

²⁸ CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2003-049, « Le ministre Manley propose des modifications au traitement fiscal rattaché aux clauses de non-concurrence », 7 octobre 2003.

Le 27 février dernier, des propositions législatives²⁹ ont été déposées par le ministère des Finances du Canada afin de rendre imposables les paiements reçus en vertu d'une clause de non-concurrence.

Le paragraphe 56.4(4) L.I.R. proposé indique le traitement fiscal des sommes versées par le payeur dans plusieurs situations mais ne précise pas le traitement fiscal pour le payeur lorsque le bénéficiaire aura inclus les sommes à son revenu en vertu du paragraphe 56.4(2) L.I.R. proposé.

Pouvez-vous nous indiquer de quelle façon vous entendez traiter les montants versés par un contribuable dans le cadre d'une clause de non-concurrence lorsque le bénéficiaire aura inclus la somme en vertu du paragraphe 56.4(2) L.I.R. proposé?

Réponse de Revenu Québec

Étant donné que cette question a trait à un projet fédéral de modification législative à l'égard duquel le ministère des Finances a annoncé son intention d'harmonisation, notre réponse est rendue sous réserve de l'adoption de ces modifications et de leur intégration à la *Loi sur les impôts*.

Notre compréhension est que ces modifications ne comportent pas de règles particulières concernant le traitement fiscal d'un contribuable qui effectue un paiement en contrepartie d'un engagement de non-concurrence, lorsque le bénéficiaire du paiement doit l'inclure en vertu du paragraphe 56.4(2) L.I.R., tel qu'il est proposé, et qu'aucune des trois exceptions à ce paragraphe (prévues au paragraphe 56.4(3) L.I.R. proposé) ne s'applique. Par conséquent, dans un tel cas, ce seraient les règles générales qui détermineraient le traitement fiscal pour le payeur. Or, comme nous l'avons mentionné l'an passé à cette même table ronde, à défaut de connaître la situation exacte du payeur, nous ne pouvons qu'émettre le commentaire général suivant : dans le cas où un engagement de non-concurrence est conclu dans le cadre d'une vente d'actions et où le paiement fait en contrepartie de l'engagement de non-concurrence se rapporte à l'achat des actions, nous sommes d'avis que ce paiement devrait faire partie du coût des actions.

²⁹ CANADA, ministère des Finances, *Propositions législatives et avant-projets de règlement concernant l'impôt sur le revenu*, 27 février 2004.

2.6. PRIMES D'ASSURANCE RESPONSABILITÉ ENGAGÉES APRÈS LA CESSATION DE L'EXPLOITATION DE L'ENTREPRISE PERSONNELLE

La présente question a pour but de clarifier la situation concernant la déductibilité des primes d'assurance responsabilité engagées après la cessation de l'exploitation de l'entreprise personnelle.

Bon nombre de professionnels, notaires, comptables, médecins, etc., doivent dans le cadre de leur pratique détenir une assurance responsabilité. Or, ces professionnels ont l'obligation, au moment de la cessation de l'exploitation de leur entreprise personnelle, de maintenir une couverture d'assurance responsabilité pour un certain nombre d'années à l'égard des gestes accomplis dans le cadre de l'exercice de leur profession.

Si le professionnel en question ne possédait pas d'assurance responsabilité, toutes dépenses résultant de procédures judiciaires entreprises contre lui après la cessation de l'exploitation de son entreprise personnelle, pour des actes accomplis dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise personnelle, seraient déductibles. En effet, les jugements rendus dans les causes *Bélanger c. SMRQ*³⁰ et *Procureur général du Canada c. Poulin*³¹ sont à cet effet. La Cour d'appel fédérale a d'ailleurs précisé ceci dans l'affaire *Poulin* :

« L'intimé ne peut être considéré comme ayant cessé ses activités de courtier tant qu'il est occupé à donner suite à des actes commis par lui dans l'exercice de sa profession, même si, à ce moment, il ne transige plus et ne peut plus occuper pour des clients. »

Donc, étant donné les précédents jugements et étant donné l'obligation pour le professionnel de maintenir une assurance responsabilité, Revenu Québec est-il d'accord que les primes d'assurance responsabilité engagées après la cessation de l'exploitation de l'entreprise personnelle se rapportent à ladite entreprise personnelle et, à cette fin, sont déductibles dans le calcul du revenu dans les années postérieures à la cessation de l'exploitation de l'entreprise?

³⁰ [2003] R.D.F.Q. 207 (C.Q.).

³¹ 96 D.T.C. 6477 (C.A.F.) (ci-après « *Poulin* »).

Réponse de Revenu Québec

Il est bon de rappeler que la cessation de l'exercice d'une profession, au point de vue du droit professionnel, n'empporte pas nécessairement cessation de l'exercice de l'entreprise professionnelle sur le plan du droit fiscal.

En effet, on peut tirer de la jurisprudence fiscale (notamment les affaires *Selig c. MRN*³², *Poulin*³³ ou *Mikhail*³⁴) que les tribunaux semblent généralement prêts à reconnaître qu'une entreprise continue à être exercée même si son exploitant n'accomplit plus de geste professionnel et que l'entreprise a cessé de générer des recettes, pour autant que son exploitant soit encore appelé à en acquitter les dettes. Vu l'état de la jurisprudence sur cette question, Revenu Québec serait prêt à considérer, dans ce contexte, que cette prime d'assurance payable après la cessation de l'exercice de la profession peut constituer une dépense déductible dans le calcul du revenu d'entreprise d'un contribuable. Par ailleurs, Revenu Québec procédera à la révision du *Bulletin d'interprétation* IMP. 128-7³⁵.

2.7. PENSION ALIMENTAIRE PAYÉE À UNE EX-CONJOINTE RÉSIDANT EN FRANCE

Un contribuable est reçu comme immigrant au Canada. Il doit payer une pension alimentaire à son ex-conjointe qui réside en France. La pension est imposable en France pour son ex-conjointe mais n'est pas déductible au Québec pour l'immigrant.

Est-ce que le ministère des Finances prévoit modifier la *Loi sur les impôts*, afin d'éliminer la double imposition occasionnée par la non-déductibilité d'une pension alimentaire versée par un particulier nouvellement résident du Canada à son ex-conjointe habitant un pays étranger, pays où la pension alimentaire est imposable pour le bénéficiaire?

³² 55 D.T.C. 46, 48 (C.A.I.).

³³ Précité, note 31, 94 D.T.C. 1667, 1671 (C.C.I.).

³⁴ [2002] 2 C.T.C. 2612, 2622.

³⁵ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP.128-7, « Déboursés subséquents à la fermeture d'une entreprise », 31 août 1989.

Réponse du ministère des Finances

La réciprocité en matière de pensions alimentaires qui transparaît à la lecture des textes législatifs (art. 312.3 à 313.0.5 et 336.0.2 à 336.4 L.I.) a uniquement pour objectif de s'assurer que la loi considère les mêmes conditions de validation des paiements soumis à une inclusion ou à une déduction.

Toutefois, la déductibilité d'une pension alimentaire dans les circonstances prévues à l'article 336.0.3 L.I. n'est pas tributaire du fait que le bénéficiaire soit ou non tenu, dans les faits, d'inclure les montants reçus dans le calcul de son revenu conformément à l'article 312.4 L.I. Cette déductibilité n'est pas non plus conditionnée au fait que le bénéficiaire de la pension alimentaire soit ou non tenu d'inclure, dans le calcul de son revenu, les montants reçus en vertu de la législation du pays dans lequel il réside.

Par ailleurs, il convient de noter que le cas de la pension alimentaire n'est pas unique. Mentionnons, à titre d'exemple, le cas d'un contribuable qui embauche une aide domestique à qui il verse un salaire. Ces cas sont similaires, puisque le salaire versé n'est pas déductible dans le calcul du revenu du payeur, alors que le bénéficiaire de ce salaire devra inclure les montants reçus dans le calcul de son revenu.

Dans les circonstances, le ministère des Finances n'a pas l'intention de recommander qu'une modification soit apportée à la législation fiscale pour permettre à un particulier de déduire, dans le calcul de son revenu, un montant versé à titre de pension alimentaire au seul motif que cette pension est imposable entre les mains du bénéficiaire en vertu d'une législation étrangère.

3. ADMINISTRATION FISCALE

3.1. VÉRIFICATION ET CONTENU D'UN ORDINATEUR

La présente question a pour but de clarifier la situation concernant l'étendue des pouvoirs de vérification de Revenu Québec.

Plus particulièrement, nous aimerions connaître la position de Revenu Québec lors de la vérification de documents sur support informatique.

L'article 38 de la *Loi sur le ministère du Revenu*³⁶, décrit les pouvoirs de vérification qu'un fonctionnaire autorisé de Revenu Québec peut exercer.

En vertu de ces pouvoirs, le vérificateur peut, entre autres, vérifier ou examiner les pièces et registres ainsi que tout autre document ou autre chose pouvant se rapporter aux renseignements qui se trouvent ou qui devraient se trouver dans les registres ou sur les pièces, ou pouvant se rapporter au montant de tout droit qui devrait être payé, déduit, retenu ou perçu en vertu d'une loi fiscale, et tirer copie, imprimer ou photographier ce document ou cette chose.

Sachant qu'en vertu des dispositions de l'article 37.7 L.M.R. est considéré comme un document tout document, quel qu'en soit le support, y compris tout programme informatique, ainsi que le matériel qui supporte un document, notamment toute composante électronique, est-ce à dire que Revenu Québec a accès à toutes les informations contenues sur le disque dur d'un ordinateur?

Revenu Québec peut-il nous indiquer ce à quoi il a accès sur un ordinateur?

Revenu Québec pourrait-il copier intégralement le disque dur de l'ordinateur dans le cadre d'une vérification normale?

Qu'en est-il si l'ordinateur contenant les documents relatifs au calcul du revenu d'une entreprise contient aussi des renseignements personnels n'ayant aucun lien avec l'exploitation de l'entreprise?

Revenu Québec s'est-il doté de balises concernant les procédures à suivre lors de la vérification de documents sur support informatique?

Si oui, quelles sont-elles? Sinon, entend-il établir des procédures strictes de vérification de documents sur support informatique?

Réponse de Revenu Québec

Le disque dur ou tout autre support de sauvegarde d'information étant considéré comme un document aux fins de la *Loi sur le ministère du Revenu*, le vérificateur peut l'explorer pour trouver les données pertinentes aux fins de la vérification. Il peut également tirer copie des données contenues sur ce

³⁶ L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. »).

disque dur à condition qu'elles soient pertinentes à la vérification. S'il le juge opportun, il peut consulter ou copier sur un support (par exemple, disquette, CD, DVD) l'index du disque dur pour le consulter et revenir par la suite demander l'information pertinente aux fins de sa vérification.

L'article 34.1 L.M.R. prévoit que, lorsqu'un registre ou des pièces sont tenus au moyen d'un appareil électronique ou d'un système informatique, conçu pour inscrire les données d'une transaction aux fins de les calculer, compiler ou traiter de quelque manière que ce soit, il ne doit être utilisé, dans tout programme informatique ou composant électronique qui est ou qui peut être installé dans un tel appareil ou système, aucune fonction qui a pour but de modifier, corriger, effacer, annuler ou autrement altérer une donnée (par exemple : camoufleur de ventes) sans conserver la donnée originale et ses modifications, corrections, effacements, annulations ou altérations subséquents.

Le vérificateur peut examiner le logiciel utilisé par une personne afin de s'assurer qu'elle respecte les obligations prévues à l'article 34.1 L.M.R. À cette fin, le vérificateur peut avoir accès au système comptable de la personne par, notamment, un logiciel, un terminal ou tout autre périphérique qu'il jugera nécessaire. Cela lui permettra de vérifier l'intégrité des données qui lui sont soumises.

Enfin, un bulletin d'interprétation sera publié sous peu et précisera l'application de la *Loi sur le ministère du Revenu* dans le cas où il est nécessaire d'obtenir une copie des registres informatisés.

3.2. DOSSIER ÉQUITÉ – REMBOURSEMENTS DEMANDÉS APRÈS LE 31 DÉCEMBRE 2004

À l'occasion du Discours sur le Budget du 30 mars 2004 du ministre des Finances du Québec, il a été annoncé que la législation et la réglementation fiscales québécoises seront modifiées afin d'y intégrer certaines mesures annoncées dans l'Avis de motion de voies et moyens³⁷ déposé par le ministre des Finances du Canada le 23 mars 2004, notamment celle relative aux rajustements demandés par les contribuables visant la renonciation ou l'annulation des intérêts et pénalités (RB 22c) et d) et RB 23).

³⁷ CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens pour mettre en œuvre des modifications déjà annoncées du régime fiscal*, 23 mars 2004.

Cependant, la mesure relative aux rajustements demandés par les particuliers et les fiducies testamentaires visant un remboursement à l'égard d'une année d'imposition pour laquelle le délai de cotisation est expiré (RB 22a) et b)) n'a pas été retenue, puisque le régime d'imposition du Québec ne contient pas de dispositions spécifiques correspondantes. Pourriez-vous apporter des précisions à cet égard?

Réponse de Revenu Québec

L'harmonisation à cette mesure fédérale ne requiert pas une modification législative. En effet, la *Loi sur les impôts* prévoit des dispositions générales qui confèrent au ministre du Revenu un pouvoir discrétionnaire, lui permettant de déterminer de nouveau l'impôt, les intérêts et les pénalités si un contribuable lui a adressé une renonciation au moyen du formulaire prescrit et, en corollaire de ce pouvoir, de cotiser, lui permettant de rembourser au contribuable un montant que ce dernier a payé en trop. Le contexte dans lequel le ministre du Revenu exerce ce pouvoir discrétionnaire est notamment précisé dans le *Bulletin d'interprétation* IMP. 1051-2³⁸. La politique de Revenu Québec énoncée dans ce bulletin est généralement harmonisée à celle du gouvernement fédéral

À cet égard, le *Bulletin spécial* 181³⁹, publié le 31 mars 2004, précise la portée de l'annonce faite par le ministre des Finances du Québec quant aux demandes de remboursement relatives à une année d'imposition pour laquelle le délai de cotisation est expiré. Il y est précisé que Revenu Québec appliquera la même restriction que celle annoncée par le ministre des Finances du Canada quant aux demandes de rajustement effectuées après le 31 décembre 2004 par les particuliers et les fiducies testamentaires.

Par conséquent, Revenu Québec ne donnera suite aux demandes de remboursement faites par un particulier ou par une fiducie testamentaire après le 31 décembre 2004 que si elles sont relatives à une année d'imposition se terminant au cours de l'une des 10 années civiles précédant l'année civile de la demande. Le *Bulletin d'interprétation* IMP. 1051-2 sera modifié afin d'y intégrer cette restriction.

³⁸ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP.1051-2, « Dossier Équité – Remboursement relatif à l'année d'imposition 1985 ou à une année subséquente », 30 avril 1996.

³⁹ REVENU QUÉBEC, *Bulletin spécial* 181, « Dossier Équité – Remboursements demandés après le 31 décembre 2004 », 31 mars 2004.

Ainsi, si un particulier ou une fiducie testamentaire désire modifier une des déclarations de revenus qu'il a produites pour les années 1985 à 1994, il a jusqu'au 31 décembre 2004 inclusivement pour le faire. La même restriction s'appliquera à la renonciation ou à l'annulation des intérêts, des pénalités et des frais prévus à l'article 94.1 L.M.R.

3.3. PÉNALITÉS DE RETARD ET DÉFENSE DE DILIGENCE RAISONNABLE

À l'égard des pénalités pour retard de production ou de remise, la jurisprudence reconnaît depuis une dizaine d'années la possibilité pour le contribuable de faire valoir une défense de « diligence raisonnable »⁴⁰.

Revenu Québec reconnaît-il l'existence de cette « défense »?

Revenu Québec accepte-il également qu'il s'agit d'un moyen de contestation de la pénalité en droit, qui peut donc faire l'objet d'un avis d'opposition et d'une requête en appel par la suite et que ce moyen de contestation ne fait donc pas appel au pouvoir discrétionnaire de Revenu Québec prévu à l'article 94.1 L.M.R.?

Cette question est posée à titre de complément à la réponse qui avait été fournie à la question 5.6 à la Table ronde 2002 du Congrès de l'APFF⁴¹. À cette occasion, Revenu Québec semblait laisser entendre que seul le pouvoir discrétionnaire de Revenu Québec prévu à l'article 94.1 L.M.R. était en cause compte tenu du fait que la disposition créant la pénalité avait un caractère discrétionnaire, du fait que le législateur a utilisé le verbe « encourir », alors que, au fédéral, la pénalité ne serait pas discrétionnaire, puisque l'expression « est passible » est utilisée.

Cependant, cette justification n'apparaît pas suffisante en soi, puisque le même verbe « encourir » est, par exemple, utilisé pour la pénalité de fautes lourdes prévue au paragraphe 1049 L.I. et que, dans ce cas, il ne fait aucun doute que le contribuable dispose d'un droit d'opposition et d'appel pour faire valoir que, malgré la décision de Revenu Québec d'imposer la pénalité, toute discrétionnaire qu'elle fût, il n'a pas commis de faute lourde.

⁴⁰ Voir notamment *Pillar Oilfield Projects Ltd. c. La Reine*, [1997] 5 G.T.C. 1074 et *Procureur général du Canada c. Consolidated Canadian Contractors Inc.*, [1998] G.T.C. 6303 au fédéral et, au provincial, *Aalamian c. SMRQ*, [2002] R.D.F.Q. 147.

⁴¹ « Table ronde provinciale », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 54:1-60, question 5.6, aux pages 54:46-47.

Les contribuables comprennent donc mal pourquoi ils n'auraient pas le même droit de contestation à l'égard de la pénalité pour production et remise tardive, pour invoquer la défense de diligence raisonnable maintenant reconnue par la jurisprudence.

Réponse de Revenu Québec

Comme il a été mentionné au Congrès de l'APFF 2002, Revenu Québec reconnaît l'existence de la défense de diligence raisonnable qui peut, notamment, être soulevée à l'égard des pénalités pour retard prévues aux articles 59.2 L.M.R. et 1045 L.I.

L'acceptation de la défense de diligence raisonnable doit être évaluée dans le cadre de l'application des pénalités. Ainsi, si Revenu Québec conclut qu'une personne a fait preuve de diligence raisonnable et qu'une pénalité n'aurait pas dû être imposée, cette pénalité devrait être annulée. Il s'agit alors d'un cas où les conditions d'ouverture à l'application de la pénalité ne sont pas respectées au même titre que si, par exemple, une personne n'était pas en retard dans le paiement ou la perception d'un montant à remettre ou à percevoir. Cette annulation ne s'effectue donc pas par le biais de l'article 94.1 L.M.R.

Par ailleurs, si Revenu Québec conclut qu'une personne n'a pas fait preuve de diligence raisonnable et maintient l'application de la pénalité, cette décision pourra faire l'objet d'une opposition et d'un appel, tel qu'il est actuellement possible de le faire à l'encontre de la pénalité prévue à l'article 1049 L.I.

3.4. DIVULGATION VOLONTAIRE

Certains praticiens ont constaté une diminution du volume des divulgations volontaires depuis que le gouvernement fédéral a modifié sa politique en septembre 2002.

Est-ce que Revenu Québec a constaté cette diminution?

Revenu Québec dispose-t-il de statistiques à cet égard, par exemple pour comparer les résultats de la dernière année avec ceux des années précédentes?

Si oui, Revenu Québec peut-il fournir ces statistiques, en les regroupant, si possible, selon les catégories suivantes :

- a) dossiers ouverts *versus* dossiers terminés;
- b) dossiers de TPS/TVQ *versus* dossiers d'impôt sur le revenu (avec peut-être volet de TPS/TVQ);
- c) pour chaque catégorie, nombre de dossiers en cause et argent récupéré.

Réponses de Revenu Québec

- Le nombre de dossiers de divulgation volontaire n'a pas diminué depuis que le gouvernement fédéral a modifié ses lignes directrices en septembre 2002.
- Pour 2002-2003, Revenu Québec a fermé 448 dossiers pour des cotisations de 48 672 667 \$ selon nos lois provinciales (dont un dossier majeur) et 180 dossiers pour des cotisations de 16 174 442 \$ en TPS.
- Pour 2003-2004, Revenu Québec a fermé 427 dossiers pour des cotisations de 26 365 948 \$ selon nos lois provinciales et 155 dossiers pour des cotisations de 8 782 408 \$ en TPS.
- Pour la période du 1^{er} avril au 31 août 2004, Revenu Québec a fermé 217 dossiers pour des cotisations de 9 882 424 \$ selon nos lois provinciales et 94 dossiers pour des cotisations de 3 567 764 \$ en TPS.

Questions complémentaires

- d) Pourriez-vous préciser quelle était l'ampleur (montant en vertu de nos lois provinciales et montant de TPS) du « dossier majeur » en 2002-2003?
- e) Pouvez-vous aussi fournir les statistiques pour l'exercice 2001-2002?

Réponses de Revenu Québec

- d) Nous avons cotisé 12 218 832 \$ en TVQ et 10 500 540 \$ en TPS.
- e) Pour l'exercice 2001-2002, Revenu Québec a fermé 405 dossiers pour des cotisations de 33 710 863 \$ selon nos lois provinciales et 140 dossiers pour des cotisations de 3 167 334 \$ en TPS.

3.5. LE PROCESSUS DE PUBLICATION DES LETTRES D'INTERPRÉTATION ET DES MÉMOIRES D'OPINION DE REVENU QUÉBEC

La production de lettres est très irrégulière : plusieurs mois sans production, puis plusieurs lettres produites en même temps (le fédéral les publie chaque mercredi après-midi).

De combien de professionnels Revenu Québec dispose-t-il pour rédiger les lettres et mémoires? Il s'écoule souvent un délai de plus de six mois (voire un an) entre la demande et la réponse (par comparaison, le fédéral réagit souvent en un laps de temps très court, moins d'un mois)!

Dans vos réponses aux demandes d'interprétation, pourquoi n'indiquez-vous pas la date de la demande et le nom du signataire (représentant de Revenu Québec) et ses coordonnées afin de faciliter le contact si besoin est (comme cela est fait au fédéral)?

Quelle importance Revenu Québec accorde-t-il à ce processus?

Y a-t-il des ententes avec les éditeurs privés pour publier ces documents?

Réponse de Revenu Québec

Les délais qu'implique le traitement des lettres d'interprétation produites par Revenu Québec sont liés à un certain nombre de contraintes qui concernent notamment la lourdeur du processus de diffusion de celles-ci. Revenu Québec travaille de façon continue à l'amélioration de ce processus et à la réduction des délais de traitement afin d'offrir le meilleur service possible à sa clientèle.

Revenu Québec dispose d'environ 70 professionnels pour répondre aux demandes d'interprétation en matière d'impôt et de taxes, lesquels ne sont pas affectés exclusivement au traitement des dossiers provenant de la clientèle externe.

Par ailleurs, en vertu de la *Loi sur les services gouvernementaux aux ministères et organismes publics*⁴², l'Éditeur officiel du Québec assume la distribution des lettres d'interprétation. En effet, le gouvernement du Québec diffuse l'ensemble de ses publications par l'entremise des Publications du

⁴² L.R.Q., c. S-6.1.

Québec, lequel organisme agit, de manière exclusive, à titre d'éditeur à l'égard de cette documentation.

En pratique, les lettres d'interprétation transmises mensuellement par Revenu Québec à l'Éditeur officiel sont par la suite retransmises aux licenciés sous entente avec celui-ci dans les délais et selon les modalités prévus à cette entente, soit habituellement dans les 10 jours suivant leur obtention.

En ce qui a trait à la possibilité d'indiquer le nom du professionnel chargé du traitement de la demande ainsi que ses coordonnées, bien que la pratique actuelle soit à l'effet contraire, Revenu Québec évalue la possibilité d'accéder à cette demande afin de faciliter les communications avec ses représentants.

3.6. RECOUVREMENT DES IMPÔTS À LA SUITE D'UN AVIS D'OPPOSITION (GRANDE SOCIÉTÉ)

Le capital versé d'une société, qui a été calculé conformément au livre III de la Partie IV L.I., dans sa déclaration de revenus, est inférieur à 10 millions de dollars. Par suite d'une vérification, Revenu Québec ajoute un montant au calcul du capital versé et publie un avis de nouvelle cotisation en conséquence. La contribuable s'oppose à cette nouvelle cotisation.

L'augmentation du capital versé de la société, telle qu'elle est calculée par Revenu Québec, a pour effet de rendre le capital versé excédentaire au seuil de 10 millions de dollars, servant de critère à la détermination du statut de grande société, tel qu'il est prévu à l'article 1.2.1 L.M.R. En vertu de ce calcul, la société serait assujettie à la règle prévue à l'article 12.0.3 L.M.R., l'obligeant à verser à Revenu Québec 50 % de la somme en litige.

Lors de la production de son avis d'opposition, la contribuable ne s'est pas conformée aux exigences décrites à l'article 93.1.2 L.M.R. quant aux informations à fournir dans l'avis d'opposition.

De plus, la société n'a pas versé 50 % du montant en litige tel qu'il est stipulé par l'article 12.0.3 L.M.R., puisque cette dernière s'oppose à l'inclusion d'un montant à son calcul de capital versé.

Est-ce que Revenu Québec serait en droit de recouvrer 50 % du montant en litige en vertu de l'article 12.0.3 L.M.R. dans une telle situation, malgré le fait que la détermination d'une grande société soit, en quelque sorte, le point en litige? En d'autres termes, est-ce que Revenu Québec traiterait cette

société comme une grande société avant d'avoir eu gain de cause en opposition ou en cour? Finalement, Revenu Québec pourrait-il refuser la validité de l'avis d'opposition sous prétexte que cet avis ne contient pas tous les renseignements requis?

Réponse de Revenu Québec

En établissant un avis de nouvelle cotisation, Revenu Québec a déterminé que la société est une « grande société ».

Le premier alinéa de l'article 1014 L.I. prévoit notamment que, sous réserve des modifications résultant d'une opposition, une cotisation est réputée valide et tenante nonobstant toute erreur, vice de forme ou omission qui s'y trouve.

La nouvelle cotisation étant réputée « tenante », Revenu Québec va conserver cette détermination de « grande société » aux fins de l'opposition et du recouvrement.

Dans ce contexte, le Centre de perception fiscale (ci-après « CPF ») serait en droit de recouvrer 50 % du montant en litige.

Un tel type de dossier sera analysé en profondeur par un percepteur.

Comme dans les cas non couverts par l'article 12.0.2 L.M.R. (par exemple, retenues à la source et taxes à la consommation), le CPF peut suspendre, par pratique administrative, les mesures de recouvrement concernant un montant contesté par une telle société qui a signifié une opposition ou qui a interjeté un appel, lorsqu'elle en fait la demande et s'il est plausible, après vérification, qu'une correction soit apportée à la cotisation. Le CPF peut aussi suspendre administrativement les mesures de recouvrement, si après l'analyse du dossier, il est établi que la personne débitrice fiscale n'a pas la capacité de payer les sommes cotisées ou que, pour des raisons de force majeure, cette personne est incapable de s'acquitter de ses obligations fiscales.

Aucun recours judiciaire ne sera exécuté pour des sommes qui sont en opposition ou en appel, à moins que le débiteur ne fasse preuve de collaboration ou qu'un risque imminent de perte ne soit détecté.

De plus, afin de protéger la créance, le CPF pourra exiger une sûreté pour garantir le montant qu'il accepte de ne pas recouvrer pendant le règlement de l'opposition et de l'appel.

Par ailleurs, l'article 93.1.2 L.M.R. prévoit effectivement des règles particulières d'opposition à l'égard notamment des grandes sociétés. Les grandes sociétés doivent préciser dans leur avis d'opposition les questions en litige, les montants en cause et les faits justifiant leur demande.

Cependant le troisième alinéa de l'article 93.1.2 L.M.R. prévoit que, si l'avis d'opposition ne contient pas les renseignements requis, le Ministre peut accepter cette opposition si la personne (grande société) lui communique par écrit les renseignements dans les 60 jours suivant sa demande.

3.7. TAUX DE RÈGLEMENT DES AVIS D'OPPOSITION

Revenu Québec dispose-t-il des statistiques suivantes à l'égard des avis d'opposition déposés par les contribuables :

- a) nombre de dossiers annuellement;
- b) pourcentage des dossiers qui se terminent par un rejet, par une acceptation partielle et par une acceptation complète;
- c) pourcentage des dossiers rejetés ou accueillis en partie qui se retrouvent en Cour du Québec.

Réponses de Revenu Québec

A) Nombre de dossiers enregistrés annuellement

Exercice financier	Dossiers enregistrés
2002-2003	9 424
2003-2004	8 822
2004-2005*	5 084

* 1^{er} avril au 31 août 2004 (cinq mois)

B) Pourcentage des dossiers qui se terminent par le maintien de la cotisation contestée ou par une modification à la baisse de la cotisation contestée (sans distinction possible entre les modifications partielles ou totales)

Le pourcentage annuel moyen des décisions maintenues se situe autour de 50 %. Les résultats les plus récents sont :

Exercice financier	Pourcentage décisions maintenues	Pourcentage décisions modifiées
2002-2003	50,9 %	49,1 %
2003-2004	52,6 %	47,4 %

C) Pourcentage des dossiers terminés (toutes décisions confondues – maintenues et modifiées) qui se retrouvent en appel devant les tribunaux

Le pourcentage annuel des dossiers terminés faisant l'objet d'un appel varie généralement entre 6 % et 8 %. Les résultats les plus récents sont les suivants :

Exercice financier	Dossiers terminés	Dossiers en appel	Pourcentage de dossiers en appel
2002-2003	8 298	548	6,6 %
2003-2004	8 793	645	7,3 %

3.8. DÉLAI DE TRAITEMENT DES AVIS D'OPPOSITION

Quel est le délai de traitement moyen des avis d'opposition en ce moment?

Revenu Québec est-il satisfait de ces délais et, le cas échéant, quelles mesures envisage-t-il de prendre?

Réponse de Revenu Québec

Délai de traitement moyen des avis d'opposition

Depuis plusieurs années, le délai de traitement moyen des avis d'opposition est calculé en fonction de l'objectif ministériel de la Déclaration de services aux citoyens concernant une opposition à l'effet **de communiquer la décision sur opposition et les motifs la justifiant dans un délai de six mois suivant sa réception.**

Les résultats atteints depuis l'exercice 2002-2003 sont comme suit à l'égard des dossiers traitables terminés en six mois ou moins :

Exercice financier	Taux annuel
2002-2003	76,0 %
2003-2004	80,3 %
2004-2005*	81,1 %

* 1^{er} avril au 31 août 2004 (cinq mois)

Revenu Québec est satisfait de ces résultats.

4. AUTRES

4.1. LÉGISLATION RÉTROACTIVE

Cette question s'adresse au ministère des Finances du Québec (ci-après « MFQ »). Au Congrès 2002⁴³, à la suite du tollé soulevé par l'initiative du gouvernement du Québec de procéder à de la législation rétroactive, tel qu'il a été annoncé dans le *Bulletin d'information* 2002-7⁴⁴, l'Association de planification fiscale et financière (ci-après « APFF ») demandait au MFQ de préciser sa position et, surtout, de délimiter clairement le caractère exceptionnel des circonstances dans lesquelles la législation rétroactive sera envisagée.

Dans sa réponse, le MFQ mentionnait que quatre critères rigoureux devaient absolument être respectés pour que la législation rétroactive puisse être envisagée :

⁴³ « Table ronde provinciale », *op. cit.*, note 41, question 5.5, aux pages 54:43-46.

⁴⁴ QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2002-7, « Amendements déclaratoires au régime de la TVQ », 26 juin 2002.

- a) la modification doit correspondre à une interprétation des autorités fiscales qui est publique, sans équivoque et appliquée de manière constante pendant une longue période;
- b) la modification traduit une politique fiscale qui découle clairement des dispositions législatives pertinentes ou que les contribuables connaissent et comprennent bien;
- c) la modification est nécessaire pour maintenir l'équilibre des finances publiques (à cet égard, la réponse spécifiait que « les exigences financières du gouvernement commandent que ses prévisions de revenu ne soient pas complètement perturbées par des interprétations légales non voulues »);
- d) la modification empêche que certains contribuables reçoivent un avantage inattendu qui risque de se traduire par une augmentation des impôts et des taxes des autres contribuables.

Le 12 décembre 2003, le MFQ annonçait une nouvelle mesure de législation rétroactive, dans le dossier des dons en nature d'objets d'art à des institutions ou musées certifiés.

Cette législation vise à préciser que, dorénavant, même s'il est établi que la valeur de l'objet donné est plus élevée que le coût supporté par le contribuable pour cet objet, il y aura une présomption selon laquelle la valeur du bien, pour calculer la valeur du don, ne pourra dépasser son coût, si le don survient dans les trois ans suivant l'acquisition du bien.

De manière surprenante, il a été annoncé au Québec que cette disposition s'appliquerait rétroactivement à toutes les années non prescrites des contribuables concernés, ce qui pourrait signifier une période d'environ trois ans pour la plupart des contribuables. Il est à noter que le gouvernement fédéral a adopté une disposition similaire, sans effet rétroactif.

Pourtant, les quatre critères majeurs, qui avaient été annoncés au Congrès 2002, ne semblent pas tous avoir été remplis dans ce dossier. Notamment :

- a) l'incidence sur les finances publiques ne semble pas considérable au point de menacer l'équilibre budgétaire du gouvernement. De plus, quant au passé, le gouvernement n'est pas sans ressources, puisqu'il lui est toujours loisible de contester l'évaluation soumise par le contribuable, en utilisant sa propre

évaluation, en ce qui concerne les périodes qui précèdent le 12 décembre 2003;

- b) il ne semble pas y avoir à cet égard d'interprétation légale sans équivoque, puisqu'il demeure, dans certains cas, que la valeur d'un objet donné par un contribuable soit supérieure au prix qu'il avait payé pour cet objet.

Le MFQ peut-il donc indiquer de quelle manière il justifie l'intervention rétroactive annoncée le 12 décembre 2003, à la lumière des critères énoncés à la Table ronde 2002?

Réponse du ministère des Finances

Mentionnons, en premier lieu, que le crédit d'impôt pour dons vise principalement à favoriser le financement des organismes de bienfaisance et non à accorder un rendement au donateur.

Les stratagèmes relatifs aux dons de bienfaisance, qui avaient été mis en place au début des années 2000, avaient uniquement pour objectif de permettre aux participants d'obtenir des reçus aux fins d'impôt pour une valeur nettement supérieure au coût d'acquisition du bien ayant fait l'objet du don.

En ne rétroagissant pas, le gouvernement aurait invité « implicitement » les promoteurs, les fiscalistes et les contribuables à créer ou à participer à des stratagèmes visant à détourner la loi de ses objectifs. Il serait contradictoire de prétendre que tous les contribuables doivent payer leur juste part d'impôt, si de simples stratagèmes permettent de réduire indûment cette part. Il ne faut pas oublier qu'il est également du devoir de l'État de protéger les fonds publics.

Comme il a été mentionné dans le cadre du Congrès 2002, la décision d'apporter des amendements déclaratoires est une décision politique qu'il appartient au gouvernement et au Parlement de prendre. Les éléments généralement considérés ne sont pas pris isolément et peuvent être modifiés au besoin pour faire face à des situations imprévues.

4.2. ARRÊT PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA C. JULIAR⁴⁵ ET LE QUÉBEC

L'ARC a publié une note de service concernant les politiques relatives à la modification des modalités des transactions, et ce, à la suite du refus de la Cour suprême du Canada, le 24 mai 2001, d'autoriser l'appel de la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Juliar*.

Au Québec, il apparaît difficile de pouvoir jouir de cette possibilité.

Est-ce que les instances gouvernementales ont l'intention de donner des directives pour les résidents du Québec?

Réponse de Revenu Québec

Notre compréhension de cette doctrine de common law est de faire intervenir la Cour pour que l'écrit qui constate un contrat soit modifié, de manière à refléter l'intention véritable des parties mal rendue dans l'écrit.

Pour les situations juridiques régies par le droit québécois, et comme nous l'avions d'ailleurs déjà dit à la Table ronde du Congrès de 2001⁴⁶, le concept de rectification n'existe pas pour le domaine où l'on voudrait le faire intervenir.

Cette doctrine et la procédure qu'elle engendre ont cours cependant ailleurs au Canada. Dans ce contexte, Revenu Québec entend, au regard des contribuables assujettis à la loi québécoise et ayant des affaires à l'extérieur du Québec, donner effet aux rectifications ordonnées par les tribunaux ailleurs au Canada, dans la mesure où la rectification ordonnée par la Cour ne fait que refléter l'intention véritable originelle des parties mal traduite dans un contrat soumis au droit d'une autre juridiction.

Chaque situation sera traitée selon les faits qui lui sont propres et Revenu Québec n'entend pas élaborer de directives particulières non plus que donner des instructions spécifiques à son personnel à cet égard.

⁴⁵ 2000 D.T.C. 6589 (C.A. Ont.) (ci-après « *Juliar* »).

⁴⁶ « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 44:20-86, question 2.9, aux pages 44:47-48.

4.3. ERREUR SUR LA CONSIDÉRATION PRINCIPALE EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS ET L'ARRÊT *B.E.A. HOLDINGS INC. C. TRAFSYS INC.*⁴⁷

La Cour d'appel a reconnu qu'une transaction pouvait être annulée avec effet rétroactif lorsque les parties avaient réalisé la transaction sur la base d'une erreur sur la considération principale, la considération principale dans cette affaire étant les conséquences fiscales qui n'avaient pas été envisagées correctement. Revenu Québec accepte-il d'appliquer cette décision?

Dans les cas où la fiscalité était véritablement la considération principale et qu'il y a eu erreur dans l'appréciation de cette considération principale au moment de la transaction, Revenu Québec considère-t-il que les parties doivent passer par les tribunaux pour obtenir l'annulation de la transaction avec effet rétroactif ou cette annulation peut-elle plutôt se faire de façon contractuelle?

Réponse de Revenu Québec

L'article 1400 du *Code civil du Québec*⁴⁸ prévoit que l'erreur vicie le consentement des parties à un contrat, 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. Le second alinéa de cet article prévoit de plus que l'erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement.

L'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *B.E.A. Holdings* applique ces principes à l'égard d'une erreur sur les conséquences fiscales rattachées à une vente d'actions. Il ne permet toutefois pas d'apprécier l'application qui en a été faite, car la Cour d'appel s'est limitée à rendre sa décision en spécifiant simplement, sans autres détails, que l'erreur de l'appelante n'était pas inexcusable et portait sur un élément essentiel du consentement « en fonction des circonstances bien particulières de l'espèce ».

Dans ce contexte, Revenu Québec considère que cette décision a une valeur très limitée puisqu'elle ne fournit pas de critères permettant d'évaluer les situations dans lesquelles une erreur sur les conséquences fiscales d'un contrat constituera un motif valable de nullité.

⁴⁷ C.A. Montréal, n° 500-09-013408-034, 12 février 2004 (ci-après « *B.E.A. Holdings* »).

⁴⁸ L.Q. 1991, c. 64.

De façon plus générale, Revenu Québec désire être informé des procédures visant l'annulation d'un contrat pour cause d'erreur sur les conséquences fiscales et se réserve le droit d'évaluer la nature de l'erreur invoquée et de contester de telles procédures. Revenu Québec entend également s'assurer qu'elles ne sont pas abusives et ne servent pas à des fins de « planification fiscale rétroactive » et que les tribunaux n'ordonneront pas au sous-ministre du Revenu de cotiser d'une manière donnée dans un contexte autre que celui d'un litige fiscal.

En ce qui concerne le second volet de la question, il s'agit d'une question de droit civil qui ne nous apparaît pas tranchée. Dans l'hypothèse où les parties à un contrat décident de l'annuler sans recourir aux tribunaux, nous croyons que l'acte par lequel elles chercheraient à établir la nullité de leur entente ne constituerait pas, en lui-même, une preuve du caractère déterminant ou excusable de l'erreur. Par conséquent, Revenu Québec ne serait pas lié par un tel acte et serait libre de cotiser sans tenir compte de l'effet recherché par les parties à cet acte.

4.4. ORGANISMES DE BIENFAISANCE

Le budget fédéral du 23 mars 2004 propose une réforme de la réglementation à l'égard des organismes de bienfaisance enregistrés. Le budget du Québec du 30 mars 2004 mentionne qu'une position sera prise ultérieurement concernant l'harmonisation ou non de cette réforme.

Les propositions fédérales visent notamment à instaurer diverses pénalités financières et administratives (par exemple, suspension temporaire du droit de délivrer des reçus) pour remplacer la seule sanction qui peut présentement être prise à l'égard d'un organisme de bienfaisance, soit la révocation de son enregistrement. Est-ce que le ministère des Finances envisage d'instaurer de telles pénalités qui s'ajouteraient à celles du fédéral ou les pénalités fédérales sont-elles considérées comme suffisantes?

Dans le même ordre d'idées, la réforme fédérale propose d'accorder aux organismes de bienfaisance l'accès au mécanisme interne d'opposition disponible aux autres contribuables. Ce droit sera-t-il accordé aux fins de l'impôt du Québec?

Enfin, est-ce que les modifications proposées à l'égard du calcul du contingent de versements (notamment la baisse de 4,5 % à 3,5 % du taux de contingent applicable aux placements détenus par les organismes) seront harmonisées aux fins de l'impôt du Québec?

Est-ce qu'une décision a été prise à l'égard de ces questions? Si oui, pouvez-vous nous fournir la réponse maintenant ou quand entendez-vous le faire?

Réponse du ministère des Finances

La décision de retenir ou non les mesures proposées par le ministère des Finances du Canada concernant la réforme de la réglementation à l'égard des organismes de bienfaisance enregistrés fera l'objet d'une annonce dans le cadre d'un bulletin d'information qui devrait être publié d'ici la fin de l'année.

4.5. DON D'ACTIONS COTÉES À LA BOURSE

Les organismes de bienfaisance doivent faire des efforts importants pour percevoir des fonds devant servir à des fins de bienfaisance. Plusieurs organismes ont mis sur pied des comités pour les dons planifiés afin d'inciter les contribuables à donner, et ce, d'une façon différente, des dons conventionnels en argent. Certains organismes du côté anglophone ont développé une culture auprès de leur communauté, incitant les contribuables à donner des biens d'une valeur importante, ce qui a permis à ces organismes d'accumuler des fonds importants pour aider à diverses fins. Les organismes québécois auraient besoin d'un souffle pour aider à cette initiative de don planifié.

Ainsi, pourquoi le don d'actions fait directement par un donateur à un organisme de bienfaisance n'engendre-t-il pas un gain en capital non imposable pour le donateur? Est-ce que le ministère des Finances prévoit rendre non imposable le gain en capital réalisé par le donateur à la suite d'une donation d'actions à un organisme de bienfaisance?

Réponse du ministère des Finances

Le ministère des Finances considère que le traitement fiscal actuel qui est applicable aux dons de titres cotés en bourse facilite déjà le transfert de ces titres aux organismes de bienfaisance pour les aider à répondre aux besoins des citoyens.

En effet, depuis le 15 mars 2000, le taux d'inclusion du gain en capital résultant de la donation de certains titres en faveur d'organismes de bienfaisance enregistrés (autre qu'une fondation privée) est réduit de moitié. Il s'ensuit que seul 25 % du gain en capital résultant d'une telle donation est actuellement imposable.

Cet allègement fiscal, qui devait prendre fin le 31 décembre 2001, a d'ailleurs été rendu permanent pour l'application du régime d'imposition québécois.

De plus, dans le but d'encourager davantage les particuliers à faire des dons importants, la législation fiscale prévoit, pour le calcul du crédit d'impôt pour dons accordé à un particulier, un taux de crédit d'impôt plus élevé pour la partie du montant pris en considération dans ce calcul qui dépasse 2 000 \$. Ce taux, au lieu de s'établir à 20 %, est plutôt fixé à 24 %.

4.6. LOI SUR LES CENTRES FINANCIERS INTERNATIONAUX

A) Administration de la loi

Dans le cadre du budget 2003-2004, du 30 mars 2004, le ministère des Finances a annoncé plusieurs nouvelles mesures relatives aux centres financiers internationaux (ci-après « CFI »). Une modification importante annoncée est l'exclusion, à titre de transactions financières internationales admissibles (ci-après « TFIA »), des opérations faites avec des personnes avec lesquelles la société ou la société de personnes qui exploite un CFI a un lien de dépendance, lorsque l'une des parties à la transaction n'est pas une société financière. Ces mesures seront applicables pour les transactions réalisées après le 30 mars 2004.

Pour certains CFI, ces changements auront une incidence majeure et pourraient remettre en cause, à toutes fins utiles, leur statut. Nous aimerions donc savoir si le ministère des Finances entend entreprendre des démarches auprès des CFI afin de revoir, à la lumière de ces nouvelles mesures, les certificats de CFI déjà délivrés aux entreprises et aux employés sous l'ancien régime de la *Loi sur les centres financiers internationaux*⁴⁹? Nous comprenons que des attestations annuelles doivent être délivrées et que, pour les années d'imposition se terminant après le 29 février 2004, de nouveaux formulaires ont été établis par le Ministère, ce qui permettra d'établir l'admissibilité des transactions au moment de la demande d'attestation. Le ministère des Finances prendra-t-il cependant l'initiative de révoquer les certificats déjà délivrés aux sociétés ou aux employés, lorsqu'il y a lieu, ou encore communiquera-t-il avec les CFI afin d'examiner la situation des sociétés ou sociétés de personnes dont le statut semble ou pourrait être remis en cause à la suite des nouvelles mesures introduites avant la fin de leur année d'imposition? Quelle sera la procédure suivie?

⁴⁹ L.R.Q., c. C-8.3 (ci-après « L.C.F.I. »).

B) Définition de société financière

Il est annoncé que, désormais, les transactions effectuées entre des personnes ayant entre elles un lien de dépendance ne seront plus admissibles à titre de TFIA, sauf dans la mesure où l'une des personnes est une société financière.

- 1) À l'égard de la définition de « société financière » qui se retrouve dans la *Loi sur les centres financiers internationaux*, on indique dans le budget 2004-2005 que celle-ci sera élargie de façon qu'une société qui est la propriété exclusive d'une ou de plusieurs sociétés financières soit également reconnue à titre de société financière. Dans le cas d'une société qui est détenue par la filiale d'une société financière, cette société sera-t-elle également considérée comme une société financière ou, exprimé autrement, est-ce que la définition s'étendra également à la petite-fille d'une société financière ou même à toute société contrôlée par une société financière?
- 2) Dans la définition de « société financière » qui se retrouve dans la *Loi sur les centres financiers internationaux*, qu'entend-on par société faisant le commerce de valeurs mobilières? Une société qui est courtier en valeurs mobilières est-elle une société financière? Et dans cette même définition, qu'entend-on par autre institution financière semblable? Les sociétés qui agissent à titre de conseillers en valeurs dans le domaine des banques d'affaire (*investment bankers*) ou pour des sociétés d'investissement dans le capital de risque sont-elles comprises parmi les institutions financières semblables de cette définition?

C) Formules de détermination de la partie d'entreprise

Dans le cadre du budget 2004-2005, le ministère des Finances a proposé des formules de détermination de la partie d'entreprise attribuable au CFI aux fins de calculer les revenus attribuables au CFI et le capital versé attribuable au CFI. Ces formules utilisent différentes notions et définitions.

- 1) Le Ministère peut-il confirmer que l'exemption d'impôt relative au revenu d'entreprise et à la taxe sur le capital est toujours réduite à 75 %, c'est-à-dire que le montant de la déduction correspondra à seulement 75 % du revenu ou du capital versé déterminé selon les formules d'attribution proposées?
- 2) À l'égard des employés autres que des spécialistes étrangers, on indique que seul un employé de CFI dont plus de 75 % des fonctions auprès d'un

CFI sont consacrées à l'exécution d'une TFIA sera admissible au congé d'impôt. On précise que les fonctions d'un employé, pour être admissible, devront être « directement attribuables au processus transactionnel spécifique à une TFIA donnée ». Ces modifications auront-elles une incidence par rapport aux autres dispositions de la *Loi sur les centres financiers internationaux* où l'on doit évaluer les salaires se rapportant au CFI? Par exemple, dans le cas des salaires attribuables aux opérations du CFI aux fins des formules de détermination de la partie d'entreprise attribuable au CFI ou aux fins de l'exemption aux cotisations au Fonds des services de santé? Devra-t-on ne tenir compte, dans ces situations, que des salaires se rapportant aux activités « directement attribuables au processus transactionnel spécifique à une TFIA donnée » ou simplement attribuables aux opérations de l'entreprise CFI, comme auparavant?

- 3) Dans les définitions de « revenu net modifié » ou de « revenu brut » utilisées dans ces formules, que signifie l'exclusion de « tout revenu d'intérêt » que l'on y prévoit? Veut-on dire que l'on doit exclure de ces montants le revenu d'intérêt qui constitue un revenu de bien ou de façon absolue tout revenu d'intérêt? Dans la mesure où il s'agit d'une exclusion absolue de tout revenu d'intérêt, les formules proposées ne risquent-elles pas d'entraîner des résultats non souhaités, par exemple dans le cas des banques, dont l'essentiel du revenu d'entreprise est généralement composé d'intérêts.
- 4) Dans les formules d'attribution proposées pour déterminer la part du revenu ou du capital versé attribuable à un CFI, les montants relatifs aux salaires correspondent-ils aux « salaires versés », comme dans le calcul de répartition des affaires dans une province?
- 5) Dans les formules proposées pour la détermination du montant attribuable au capital versé du CFI, l'élément correspondant au capital versé est défini comme étant le « capital versé de la société déterminé par ailleurs ». S'agit-il du capital versé calculé selon les articles 1136 et 1137 L.I. (art. 1140 à 1141.1 L.I. pour les sociétés visées au titre II, du livre III de la Partie IV) ou le capital versé calculé en considérant les déductions prévues à l'article 1138 L.I. (art. 1141.2 L.I.)?

D) Employés autres que spécialistes étrangers

À l'égard des employés autres que des spécialistes étrangers, on indique que seul un employé de CFI dont plus de 75 % des fonctions auprès d'un CFI sont consacrées à l'exécution d'une TFIA sera admissible au congé d'impôt. On précise que les fonctions d'un employé, pour être admissible,

devront être « directement attribuables au processus transactionnel spécifique à une TFIA donnée ». On ajoute également que les fonctions qui ne remplissent pas ces exigences sont notamment les « fonctions relatives à la gestion d'entreprise, la finance, la comptabilité, la fiscalité, les affaires juridiques, le marketing, les communications, la réception, le secrétariat, la messagerie, l'informatique, la gestion des ressources humaines et matérielles ». Ces exemples de fonctions qui ne remplissent pas ces exigences s'appliquent-ils également lorsque la TFIA consiste à effectuer du support administratif (par. 7(22) L.C.F.I.)? De façon générale, les employés dont les tâches se rattachent à l'exécution de support administratif pourront-ils se prévaloir des déductions prévues pour les employés? Devront-ils pour cela faire partie du « personnel stratégique »?

E) Spécialiste étranger, dispositions transitoires

À l'égard des spécialistes étrangers, pourriez-vous préciser le traitement fiscal qui sera accordé à l'égard des employés étrangers dont l'emploi a commencé après le 12 juin 2003 (budget 2003-2004) mais avant le 31 mars 2004 (budget 2004-2005). Lors du budget 2003-2004, le Ministère annonçait la réduction de la déduction accordée à 75 % des revenus de toutes sources plutôt que 100 % antérieurement. Dans le budget 2004-2005, le Ministère annonçait la mise en place de nouvelles règles avec un taux de déduction dégressif durant les cinq premières années. Nous croyons comprendre que les spécialistes étrangers qui auront commencé à se qualifier à la déduction après le budget 2003-2004 mais avant la date du budget 2004-2005 bénéficieront d'une exemption de 75 % de leurs revenus pour les cinq années suivant le début de leur emploi. Toutefois, dans l'exemple qui est donné à la page 128 des *Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, on explique qu'un particulier qui entre en fonction pour la première fois le 1^{er} janvier 2004, dans la troisième année de son emploi, bénéficiera d'une exemption de 50 % de son salaire. Pouvez-vous confirmer que, dans le cas d'une personne qui se qualifie à titre de spécialiste étranger pour un CFI et qui entre en fonction le 1^{er} janvier 2004, cette personne bénéficiera d'une exemption de 75 % sur l'ensemble de ses revenus?

Réponses du ministère des Finances

Question A

Dans les jours qui ont suivi l'annonce du budget 2004-2005, du 30 mars 2004, la Direction du développement du secteur financier (ci-après « DDSF ») du ministère des Finances a fait parvenir, par courrier électronique, à tous les responsables de sociétés ou de sociétés de personnes

qui exploitent un CFI, un document intitulé « Principales modifications apportées à la *Loi sur les centres financiers internationaux* (L.C.F.I.) ».

Le document faisait notamment mention de l'exclusion, à titre de TFIA, des opérations faites avec des personnes avec lesquelles le CFI a un lien de dépendance, lorsque l'une des parties à la transaction n'est pas une société financière.

Par cette initiative, le ministère des Finances souhaitait que les CFI puissent rapidement évaluer l'incidence des modifications apportées à la *Loi sur les centres financiers internationaux* à l'égard de leurs opérations et de leurs employés et ainsi apporter les changements administratifs requis, le cas échéant.

La DDSF a depuis rencontré bon nombre de CFI qui en ont fait la demande en vue de répondre à leurs questions.

Par ailleurs, dans le cadre du processus d'attestation d'admissibilité annuelle à l'égard des activités d'un CFI, la DDSF entend cibler les sociétés ou sociétés de personnes qui exploitent un CFI et dont les activités ne constituent plus des TFIA, depuis le 31 mars 2004, en raison des dernières modifications apportées à la *Loi sur les centres financiers internationaux*.

L'attestation d'admissibilité annuelle à l'égard des activités d'un CFI, délivrée par le ministère des Finances, confirme la **validité du certificat** et énumère les **activités admissibles réalisées** par la société ou société de personnes qui exploite un CFI **pour l'exercice financier visé par la demande**.

Il convient de rappeler que l'entreprise détient un certificat valide lorsqu'elle remplit les six conditions prévues à l'article 6 L.C.F.I. et plus particulièrement, dans le cas qui nous préoccupe, celle prévue au paragraphe 20, soit que «[I]La totalité de ses activités portent sur des transactions financières internationales admissibles ».

De façon générale, s'il est établi, après analyse, que l'entreprise n'a pas rempli l'une ou l'autre des conditions prévues à l'article 6 L.C.F.I., pour la période ou une partie de la période visée par la demande, le ministère des Finances ne délivrera pas d'attestation d'admissibilité annuelle à l'égard de ses activités pour cette période.

Plus particulièrement, à la suite des discussions intervenues entre les parties, s'il est établi que l'entreprise ne remplit plus l'une ou l'autre des

conditions prévues à l'article 6 L.C.F.I., au-delà de la période visée par la demande, la société ou société de personnes qui exploite un CFI pourra alors demander par écrit, au ministère des Finances, que son dossier soit fermé ou encore, s'il le juge à propos, le ministère des Finances pourra se prévaloir de la procédure de révocation prévue dans la *Loi sur les centres financiers internationaux*.

Finalement, les employés certifiés de la société ou société de personnes dont le certificat n'est plus valide en seront informés soit par cette dernière soit par le ministère des Finances, s'il le juge à propos.

Sous-question B) 1)

La politique fiscale, telle qu'elle est exprimée dans les renseignements additionnels sur les mesures du budget 2004-2005, prévoit que la définition de l'expression « société financière » sera élargie de façon qu'une société qui est la propriété exclusive d'une ou de plusieurs sociétés financières soit reconnue à titre de société financière pour l'application de la *Loi sur les centres financiers internationaux*.

Le concept de « société qui est la propriété exclusive d'une ou de plusieurs sociétés financières » nous renvoie à la notion de propriété de l'ensemble du capital-actions émis d'une société, sauf les actions de qualification, qui doit appartenir à une ou à plusieurs sociétés financières.

Revenu Québec considère, pour autant que les exigences relatives à la propriété à 100 % soient continuellement et uniformément respectées, qu'une société est une société financière pour l'application de la *Loi sur les centres financiers internationaux* lorsque l'ensemble du capital-actions émis de cette société appartient à une ou à plusieurs sociétés dont l'ensemble du capital-actions émis appartient à une ou à plusieurs sociétés financières.

Sous-question B) 2)

La définition de « société financière » prévue à l'article 1 L.C.F.I. renvoie à une société par ailleurs assujettie à la taxe prévue par l'une des Parties IV ou VI L.I. ou qui le serait si elle avait un établissement, au sens des articles 12 à 16.2 L.I., au Québec ou si elle y exerçait une entreprise.

Ainsi, une société faisant le commerce de valeurs mobilières est, conformément à l'article 1130 L.I., une société qui est un courtier en valeurs mobilières inscrit au sens de l'article 1 L.I., cet article faisant référence à une personne autorisée à négocier des titres en qualité de mandataire ou de

contrepartiste, sans restriction quant à la nature ou au type de titres qu'elle négocie, en raison du fait que, selon le cas :

- a) elle est inscrite ou titulaire d'un permis en vertu de la législation d'une province;
- b) elle remplit les conditions suivantes :
 - i) elle est soit inscrite auprès d'une autorité compétente autre que celle d'une province, soit titulaire d'un permis délivré par une telle autorité,
 - ii) elle a obtenu de l'Agence nationale d'encadrement du secteur financier, d'une commission des valeurs mobilières ou d'un organisme semblable une dispense d'inscription en vertu de la législation d'une province.

Il ressort de ces définitions qu'une société qui est un courtier en valeurs mobilières peut constituer une société financière si, notamment, elle est titulaire d'un permis sans restriction quant à la nature ou au type de titres qu'elle négocie, délivré en vertu de la législation d'une province.

Par ailleurs, l'expression « autre institution financière semblable » que l'on retrouve dans la définition de l'expression « société financière » de la *Loi sur les centres financiers internationaux* renvoie à une institution financière qui répond aux mêmes définitions et critères qu'une institution financière décrite dans cette définition, qui serait assujettie à la Partie IV L.I. si elle avait un établissement, au sens des articles 12 à 16.2 L.I., au Québec. La même logique prévaut en ce qui concerne l'expression « autre institution d'assurance semblable » qui doit répondre aux mêmes définitions et critères qu'une société d'assurance décrite dans la définition, qui serait assujettie à la Partie VI L.I. si elle exerçait une entreprise au Québec.

Question C)

- 1) À l'occasion du Discours sur le Budget 2004-2005, le ministre des Finances n'a annoncé aucune modification à l'égard de la fraction admise en déduction quant au revenu d'entreprise et au capital versé d'un exploitant d'un CFI.
- 2) Le ministre des Finances a effectivement annoncé qu'à l'égard des employés autres que des spécialistes étrangers seul un employé d'un CFI dont plus de 75 % des fonctions auprès du CFI sont consacrées à

l'exécution de transactions financières internationales admissibles soit admissible à bénéficier du congé partiel d'impôt pour les employés d'un CFI.

Cette modification ne constitue pas une modification des règles concernant les salaires donnant droit au congé de cotisation au Fonds des services de santé, ni sur les éléments compris dans le nouveau mécanisme de détermination de la partie d'entreprise CFI introduit à l'occasion du Discours sur le Budget 2004-2005.

3) Réponse donnée par le ministère des Finances :

L'expression « tout revenu d'intérêt » fait référence à tous les revenus d'intérêt d'un exploitant de CFI, sans distinction entre le revenu de bien et le revenu d'entreprise.

Le MFQ a toutefois été informé que la définition actuelle de l'expression « revenu net modifié » pourrait entraîner des résultats non souhaitables en matière d'impôt sur le revenu dans certaines circonstances, notamment lorsque les revenus d'intérêt constituent la principale source de revenu de l'exploitant de CFI.

Le MFQ, de concert avec le MRQ, procède présentement à l'analyse du problème et, le cas échéant, apportera les rajustements techniques qui permettront d'éviter les difficultés décelées, tout en respectant la politique fiscale exposée dans le Discours sur le Budget du 30 mars 2004.

- 4) Aux fins du nouveau mécanisme de détermination de la partie d'entreprise CFI introduit à l'occasion du Discours sur le Budget 2004-2005, les salaires totaux sont les salaires versés déterminés pour l'exercice financier de l'exploitant du CFI; pour plus de précision, les salaires versés s'entendront des salaires versés, alloués, conférés ou payés.
- 5) Aux fins du nouveau mécanisme de détermination de la partie d'entreprise CFI introduit à l'occasion du Discours sur le Budget 2004-2005, le capital versé dont il faut tenir compte est le capital versé calculé par ailleurs en y appliquant les déductions et réductions dont la société, qu'elle exploite le CFI elle-même ou par l'intermédiaire d'une société de personnes, bénéficie pour son exercice financier.

Question D)

Actuellement, le support administratif décrit au paragraphe 7(22) L.C.F.I. constitue une transaction financière internationale admissible.

Dans la mesure où un employé consacre plus de 75 % de ses fonctions à l'exécution d'activités décrites à l'article 7 L.C.F.I. et à la condition que ces fonctions soient directement attribuables au processus transactionnel spécifique d'une transaction financière internationale admissible, l'exploitant du CFI peut demander au ministre des Finances la délivrance à l'égard d'un tel employé d'un certificat et d'une attestation annuelle.

Pour répondre de façon précise à votre question, les fonctions consistant en un support administratif se qualifieront aux fins de la détermination de ce pourcentage de 75 % pour autant qu'il constitue en lui-même une activité visée au paragraphe 7(22) L.C.F.I.

Question E)

La réduction progressive de l'aide fiscale accordée à des spécialistes étrangers et introduite à l'occasion du Discours sur le Budget 2004-2005 s'applique à un contrat de travail conclu après le 30 mars 2004. Ainsi, tel qu'il est prévu dans les renseignements additionnels sur les mesures du budget 2004-2005, cette modification ne nuira pas aux situations qui bénéficient déjà, notamment, des modifications apportées à la législation fiscale concernant les congés d'impôt dont l'aide fiscale a été réduite à l'occasion du Discours sur le Budget du 12 juin 2003.

Par ailleurs, dans le cas où un employé entre en fonction pour la première fois le 1^{er} janvier 2004, emploi à l'égard duquel il bénéficie d'un congé d'impôt pour employé étranger, et que le 1^{er} juillet 2007, il conclut un contrat distinct du contrat de travail précédent et entreprend un nouvel emploi à l'égard duquel il bénéficiera du congé d'impôt portant sur les salaires, alors la modification relative à la réduction progressive de l'aide fiscale s'appliquera à cet employé et il bénéficiera d'une période d'exemption résiduelle de 18 mois.

FISCALITÉ FÉDÉRALE

PARTIE A

Rapport du président du Comité sur les relations gouvernementales fédérales

Denis Lacroix, notaire, M. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

PARTIE B

Table ronde sur la fiscalité fédérale

Coordonnateur

Denis Lacroix, notaire, M. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Marcel Lemay, FCA
Hardy Normand & Associés s.e.n.c.

Luc Pariseau, avocat, M. Fisc.
Lavery, De Billy s.e.n.c.r.l., avocats

Maurice Bisson, CGA
Agence du revenu du Canada

Alain Godin
Agence du revenu du Canada

Isabeau Morrissette, avocate, DESS Fisc.
Ministère des Finances du Canada

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE A (DENIS LACROIX)

Rapport du président du Comité sur les relations

gouvernementales fédérales 50:5

PARTIE B

Table ronde sur la fiscalité fédérale

1.	FIDUCIES	50:11
1.1.	EXEMPTION POUR RÉSIDENCE PRINCIPALE	50:11
1.2.	FIDUCIE DISCRÉTIONNAIRE ET SOCIÉTÉS ASSOCIÉES	50:14
1.3.	PARAGRAPHE 7(2) L.I.R. – ACTIONS DÉTENUES PAR UNE FIDUCIE POUR LE BÉNÉFICE D’UN EMPLOYÉ	50:15
1.4.	ENTITÉS DE PLACEMENT ÉTRANGÈRES – CONCEPT DE « PARTICIPATION DÉSIGNÉE ».....	50:16
1.5.	FIDUCIE AU BÉNÉFICE EXCLUSIF D’UNE SOCIÉTÉ	50:18
1.6.	PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. – CONTRIBUANT COFIDUCIAIRE	50:21
1.7.	APPLICATION DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R.	50:22
1.8.	APPLICATION DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R.	50:23
1.9.	DROIT DE BÉNÉFICIAIRE	50:24
1.10.	GAIN EN CAPITAL RÉALISÉ PAR UNE FIDUCIE	50:26
2.	SOCIÉTÉS	50:27
2.1.	SOCIÉTÉS RATTACHÉES	50:27
2.2.	IMPÔT DE LA PARTIE I.3 L.I.R. – ASSUREURS	50:28
2.3.	SPCC – OPTIONS DÉTENUES PAR DES NON-RÉSIDENTS.....	50:31
2.4.	GEL EN FAVEUR D’EMPLOYÉS-CLÉS	50:34
2.5.	INTERACTION DU PARAGRAPHE 84(3) L.I.R. ET DE L’ALINÉA 69(1)B) L.I.R.	50:38
2.6.	DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS.....	50:40
2.7.	ALINÉA 20(1)E) L.I.R. – DÉPENSES ENGAGÉES DANS LE CADRE D’UNE ÉMISSION D’ACTIONS	50:42
2.8.	REMBOURSEMENT DES FRAIS DE FINANCEMENT	50:43
3.	FUSION ET LIQUIDATION	50:45
3.1.	PRÉSUMPTION DE RÈGLEMENT DE DETTE EN CAS DE LIQUIDATION	50:45
3.2.	PAIEMENT DES RETENUES À LA SOURCE ET PRODUCTION DES FORMULAIRES T4 LORS DE LA LIQUIDATION D’UNE FILIALE	50:47
3.3.	MOMENT DE LA FUSION.....	50:49
3.4.	DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS À LA SUITE D’UNE FUSION OU D’UNE LIQUIDATION	50:50

4.	RÉMUNÉRATION.....	50:51
4.1.	OPTIONS D'ACHAT D' ACTIONS ET RETENUES À LA SOURCE.....	50:51
4.2.	OPTIONS D'ACHAT D' ACTIONS CONFÉRÉES À UN CONSULTANT	50:52
4.3.	AUGMENTATION DU CAPITAL VERSÉ LORS DE L'ÉMISSION D' ACTIONS À DES EMPLOYÉS	50:55
4.4.	RÉMUNÉRATION D'UN EMPLOYÉ	50:56
5.	AVANTAGES À L' ACTIONNAIRE	50:58
5.1.	SOCIÉTÉ À BUT UNIQUE ET CALCUL DE L' AVANTAGE IMPOSABLE	50:58
5.2.	AUTOMOBILE UTILISÉE PAR UN ACTIONNAIRE	50:60
5.3.	ALLOCATION RAISONNABLE.....	50:63
6.	ADMINISTRATION.....	50:65
6.1.	PÉNALITÉS – FORMULAIRES T-1134	50:65
6.2.	ORDRES DE RECTIFICATION	50:66
6.3.	RECouvreMENT DES IMPÔTS À LA SUITE D'UN AVIS D'OPPOSITION (GRANDE SOCIÉTÉ)	50:67
7.	DIVERS.....	50:71
7.1.	SURPLUS EXONÉRÉ ET DÉTENTION D' ACTIONS PAR UN INDIVIDU.....	50:71
7.2.	MUTUELLE D' ASSURANCES ET ORGANISME SANS BUT LUCRATIF.....	50:73
7.3.	SPEQ.....	50:74
7.4.	BAIL AVEC PRIX D'OPTION FAVORABLE	50:77

PARTIE A

RAPPORT DU PRÉSIDENT DU COMITÉ SUR LES RELATIONS GOUVERNEMENTALES FÉDÉRALES



Denis Lacroix
Notaire, M. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.

Au cours de la dernière année, les membres du comité se sont rencontrés à plusieurs reprises en relation avec deux dossiers distincts.

Premièrement, le comité a vu à la préparation d'un mémoire sur certains points techniques de la législation et de l'administration fiscales, adressé au ministère des Finances du Canada et à l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC »). Ce mémoire portait sur les points suivants :

- publications internes distribuées à l'extérieur;
- liens avec une société de personnes;
- procédure des « lettres de confort »;
- paragraphes 7(2) et 75(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹;

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

- système de bonification de l'ARC;
- l'article 84.1 L.I.R. et le transfert d'entreprise entre les membres d'une même famille;
- paiement basé sur la production ou l'usage;
- allocation auto versée à des associés d'une société de personnes;
- application de l'article 167 de la *Loi sur la taxe d'accise*²;
- exclusion potentielle de preuve à la suite d'une réponse incomplète à une demande d'information ou de documentation étrangère.

Ce mémoire a été présenté aux représentants de l'ARC et du ministère des Finances lors d'une rencontre à Ottawa qui a eu lieu le 14 novembre 2003. Nous remercions ces représentants de nous avoir rencontrés.

Deuxièmement, le comité a préparé un mémoire en réaction aux propositions du 31 octobre 2003 portant sur la déductibilité des pertes et autres dépenses. En vertu de ces propositions, l'article 3.1 serait ajouté à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Bien que l'objectif des propositions puisse être compréhensible (du point de vue des autorités fiscales), le libellé des propositions aurait un impact beaucoup plus large et inattendu qu'il n'est nécessaire pour l'atteinte de l'objectif. La conclusion du mémoire était la suivante :

« À notre avis, l'article 3.1 ne constitue pas une solution appropriée pour obtenir les résultats qui étaient recherchés dans le budget fédéral du 18 février 2003. En effet, la démarche retenue a pour effet d'introduire une nouvelle règle fondamentale dans la Loi. Cette règle s'applique indistinctement à tous les contribuables et elle a pour effet de rendre incertaine la situation fiscale dans de nombreuses situations. De plus, une période minimale de quinze à vingt ans sera nécessaire avant que les tribunaux commencent à fournir des balises permettant de mesurer la portée de cette règle. Enfin et surtout, elle aura sûrement en effet pervers sur la prise de décision relative à des investissements favorisant l'économie canadienne³. »

² L.R.C. (1985), c. E-15 et mod.

³ ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE, *Mémoire de l'APFF sur les propositions du 31 octobre 2003 portant sur la déductibilité des intérêts et autres dépenses*, p. 14.

Il est bon de rappeler que le comité constitue un excellent mécanisme pour l'ensemble des membres de l'APFF afin de porter à l'attention des autorités fiscales certaines problématiques pouvant être rencontrées dans la pratique de la fiscalité. Ces problématiques peuvent avoir trait à une question d'ordre technique portant sur la rédaction d'une loi fiscale ou les politiques administratives relatives à son application ou encore à une question de politique fiscale.

PARTIE B

TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ FÉDÉRALE



Coordonnateur
Denis Lacroix
Notaire, M. Fisc.
KPMG s.r.l./s.e.n.c.r.l.



Marcel Lemay
FCA
Hardy Normand &
Associés s.e.n.c.



Luc Pariseau
Avocat, M. Fisc.
Lavery, De Billy s.e.n.c.r.l.,
avocats



Maurice Bisson
CGA
Agence du revenu du
Canada



Alain Godin
Agence du revenu du Canada



Isabeau Morrisette
Avocate, DESS Fisc.
Ministère des Finances
du Canada

1. FIDUCIES

1.1. EXEMPTION POUR RÉSIDENCE PRINCIPALE

Dans une situation de protection d'actifs, un particulier qui détient une résidence décide de la transférer à une fiducie personnelle dont les bénéficiaires sont le particulier, son épouse, ses enfants, ses petits-enfants et ses parents. L'acte de fiducie prévoit également que si tous les bénéficiaires décèdent, les biens détenus en fiducie seront remis à des personnes liées par les liens de sang, du mariage ou de l'adoption au particulier. Les bénéficiaires sont tous des résidents du Canada. Seul le particulier, son épouse et ses enfants habitent normalement la résidence. Les parents du particulier détiennent également une résidence dans laquelle ils habitent normalement.

Si la fiducie vendait la résidence et la désignait comme résidence principale, tel qu'il est prévu à la définition de « résidence principale » à l'article 54 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ (ci-après « définition »), les parents du particulier ne pourraient pas désigner leur résidence à titre de résidence principale pour les années pour lesquelles la fiducie aurait désigné celle qu'elle détient. Cela provient de l'application de l'alinéa f) de la définition puisque les parents sont des bénéficiaires déterminés au sens de cette définition. C'est la conclusion qui ressort de l'interprétation technique² dans laquelle l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») a indiqué que les parents étaient des bénéficiaires déterminés en raison du fait qu'ils avaient un droit de bénéficiaire dans la fiducie et que leur fils majeur habitait la résidence détenue par la fiducie. Par ailleurs, l'ARC a indiqué dans ce document que le terme « enfant », à la division c.1)(ii)(B) de la définition (anciennement s.-div. 54g)(iii.1)(B)(II) L.I.R.), n'est pas restreint aux enfants de moins de 18 ans pour permettre une plus grande flexibilité dans l'utilisation de la désignation pour résidence principale.

Cette interprétation de l'ARC donne des résultats contradictoires. Par exemple, un enfant majeur et son parent qui détiennent chacun directement une résidence peuvent tous les deux faire une désignation de résidence principale pour réduire le gain en capital réalisé à la vente de leur résidence respective. Toutefois, si la résidence de l'enfant majeur est détenue par

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

² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9334535, 2 juin 1994.

l'entremise d'une fiducie dont le parent est un bénéficiaire et que la fiducie désigne la résidence faisant partie de son patrimoine à titre de résidence principale, le parent ne pourra désigner sa propre résidence pour les années visées par la désignation de la fiducie. La détention d'une résidence par l'entremise d'une fiducie est donc pénalisante pour le parent alors que ce dernier n'habite pas normalement la résidence et ne fait pas partie de la famille directe de l'enfant majeur.

Afin d'obtenir un résultat différent pour les parents du particulier, la procédure suivante peut être suivie. La fiducie attribuera la résidence au particulier ou à son épouse (ou à un des enfants ou des parents du particulier en cas de prédécès du particulier) en règlement d'une partie de sa participation au capital de la fiducie au lieu de la vendre. Par la suite, le bénéficiaire détenant la résidence la vendra à un tiers et réalisera un gain.

Quelles seront les conséquences fiscales résultant de l'attribution de la résidence par la fiducie au bénéficiaire et de la vente de la résidence par ce dernier?

De l'avis du ministère des Finances, est-ce que le fait que la détention d'une résidence principale par l'entremise d'une fiducie soit plus pénalisante qu'une détention directe par le particulier est en accord avec l'objet et l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu* si l'on considère que, dans le cas où la résidence n'aurait pas été détenue en fiducie, le particulier et ses parents auraient chacun pu désigner une résidence comme résidence principale pour les mêmes années d'imposition? Le ministère des Finances envisage-t-il de modifier le libellé de l'article 54 L.I.R. afin de faire en sorte que l'on arrive au même résultat pour un enfant majeur et ses parents que la résidence soit détenue directement ou par l'entremise d'une fiducie?

Réponse de l'ARC

Du vivant du particulier, lorsque la fiducie attribue la résidence au particulier ou à son conjoint en règlement d'une partie de leur participation au capital de la fiducie, le paragraphe 107(2) L.I.R. s'applique à cette attribution à moins que la fiducie fasse un choix à l'effet contraire. Nous présumons que la fiducie n'effectuera pas un tel choix. En cas de prédécès du particulier, le paragraphe 107(2) L.I.R. s'appliquera lorsque la résidence est attribuée au conjoint ou à un autre bénéficiaire de la fiducie en règlement d'une partie de sa participation au capital.

Dans la présente situation, selon le paragraphe 107(2) L.I.R., la fiducie sera réputée avoir disposé de la résidence à un produit égal au coût indiqué

qui est le prix de base rajusté (ci-après « PBR ») de la résidence et le bénéficiaire sera réputé avoir acquis le bien à un coût égal au PBR de la résidence.

La vente de la résidence donnant lieu à un gain pour le bénéficiaire, celui-ci devra déterminer si la résidence peut être désignée comme sa résidence principale (selon les alinéas a) et c) de la définition) à un moment donné après le dernier en date du 31 décembre 1971 et du jour où il a acquis le bien. Si tel est le cas, l'alinéa 40(2)b) L.I.R. s'appliquera pour déterminer quel est le gain tiré de la disposition aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le paragraphe 40(7) L.I.R. s'appliquera à la présente situation. Le paragraphe 40(7) L.I.R. prévoit que, aux fins de l'alinéa 40(2)b) L.I.R. et de la définition, la résidence acquise par le bénéficiaire, en acquittement de la partie de sa participation au capital de la fiducie, est réputée avoir continuellement appartenu au bénéficiaire depuis que la fiducie a acquis la résidence pour la dernière fois. Ainsi, la date d'acquisition utilisée pour déterminer le nombre d'années d'imposition visées aux éléments B et C de la fraction B/C prévue à l'alinéa 40(2)b) L.I.R. sera la date d'acquisition par la fiducie.

Réponse du ministère des Finances

Le ministère des Finances est d'accord avec l'interprétation technique³ de l'ARC. Du point de vue de la politique de l'impôt, il est justifié qu'un particulier puisse profiter d'une seule résidence principale à un moment donné. Dans cette optique, il peut être permis à la fiducie personnelle qui détient des actifs (y compris une résidence pouvant être considérée comme une résidence principale pour des bénéficiaires déterminés) de désigner le bien à titre de résidence principale. Cette désignation pourrait toutefois avoir des conséquences pour les bénéficiaires désignés, dont la capacité de désigner un autre bien à titre de résidence principale serait limitée. Conformément aux circonstances où une fiducie est utilisée à des fins de planification, les particuliers doivent tenir compte de ces conséquences avant de procéder à ces opérations. Le Ministère n'envisage pas de modifier l'article 54 L.I.R. dans cette optique.

³ *Id.*

1.2. FIDUCIE DISCRÉTIONNAIRE ET SOCIÉTÉS ASSOCIÉES

M. X est bénéficiaire d'une fiducie non testamentaire et discrétionnaire. L'acte de fiducie prévoit que dans l'éventualité du décès de M. X, son fils majeur, M. Y, sera le bénéficiaire substitué de la fiducie. La fiducie détient la totalité des actions émises et en circulation du capital-actions de Xco. M. Y détient la totalité des actions émises et en circulation du capital-actions d'une autre société appelée Yco.

Selon les paragraphes 108(1) et 248(25) L.I.R., une personne qui deviendra bénéficiaire d'une fiducie à la suite du décès d'un autre bénéficiaire a un droit de bénéficiaire dans cette fiducie.

L'alinéa 256(1.2)f) L.I.R. prévoit que les actions détenues par une fiducie sont réputées être la propriété de chacun de ses bénéficiaires dont la part sur le revenu ou le capital de la fiducie est conditionnelle au fait qu'une personne exerce ou n'exerce pas un pouvoir discrétionnaire.

En considérant que la part au revenu et au capital de M. Y dans la fiducie est conditionnelle au décès de M. X, et que la discrétion du fiduciaire n'influe en aucun cas sur sa participation, l'ARC est-elle d'avis que l'alinéa 256(1.2)f) L.I.R. n'est pas applicable à l'égard de M. Y, de sorte que M. Y n'est pas réputé détenir 100 % des actions de Xco par la seule application de l'alinéa 256(1.2)f) L.I.R. tant que M. X est vivant? La réponse serait-elle différente si l'acte de fiducie prévoyait que le fiduciaire n'aurait plus de pouvoir discrétionnaire après le décès de M. X?

Le ministère des Finances peut-il nous confirmer que l'intention du législateur relativement à l'alinéa 256(1.2)f) L.I.R. cadre effectivement avec la réponse de l'ARC ci-dessous? En prenant le cas où un individu serait réputé propriétaire de la totalité des actions détenues par une fiducie parce que son enfant mineur serait bénéficiaire de cette fiducie discrétionnaire, le ministère des Finances peut-il aussi nous préciser si son objectif était d'obtenir un tel résultat, et ce, même si l'individu n'est ni le constituant ni le fiduciaire de la fiducie ni actionnaire de la société?

Réponse de l'ARC

La définition de « bénéficiaire » prévue au paragraphe 108(1) L.I.R. s'applique seulement aux fins de la sous-section k de la section B de la Partie I L.I.R. portant sur les fiducies et leurs bénéficiaires, soit les articles 104 à 108 L.I.R. Cette définition n'est donc pas applicable aux fins de l'alinéa 256(1.2)f) L.I.R. De plus, le paragraphe 248(25) L.I.R. n'est pas

applicable aux fins de l'alinéa 256(1.2)f) L.I.R. parce que la notion de « personne ayant un droit de bénéficiaire » n'y est pas utilisée.

En ce qui concerne la situation présentée ci-dessus, compte tenu des informations limitées fournies dans les faits, il nous apparaît que les actions de Xco seraient réputées être la propriété de M. Y en vertu du sous-alinéa 256(1.2)f)(ii) L.I.R., si la part de M. Y du capital accumulé de la fiducie dépend de la façon dont le fiduciaire (ou les fiduciaires) de la fiducie exerce son pouvoir discrétionnaire à l'égard de M. X ou n'exerce pas son pouvoir discrétionnaire à l'égard de M. X.

La réponse serait la même si l'acte de fiducie prévoyait que le fiduciaire n'aurait plus de pouvoir discrétionnaire après le décès de M. X.

Réponse du ministère des Finances

Après analyse des faits contenus dans l'énoncé, le Ministère considère approprié, d'un point de vue de la politique fiscale, que les actions de Xco soient réputées être la propriété de M. Y en vertu du sous-alinéa 256(1)f)(ii) L.I.R.

Dans le cas où, par le truchement du paragraphe 256(1.3) L.I.R., un parent serait réputé propriétaire de la totalité des actions détenues par une fiducie discrétionnaire dont l'enfant mineur est bénéficiaire, le résultat recherché par le ministère des Finances est de réputer associées toute société détenue par le parent et celle détenue par la fiducie discrétionnaire, et ce, malgré le fait que le parent n'est ni le constituant ni le fiduciaire de la fiducie et qu'il n'est pas actionnaire de la société détenue par la fiducie.

1.3. PARAGRAPHE 7(2) L.I.R. – ACTIONS DÉTENUES PAR UNE FIDUCIE POUR LE BÉNÉFICE D'UN EMPLOYÉ

En vertu du paragraphe 7(2) L.I.R., lorsqu'une fiducie détient des actions pour le bénéfice d'employés, ceux-ci sont réputés, aux fins des dispositions de l'article 7 L.I.R., avoir acquis les actions au moment où la fiducie a commencé à les détenir. Le calcul de l'avantage imposable à la suite de l'octroi d'option d'achat d'actions s'effectue pour l'employé de façon identique au calcul de l'avantage qu'il aurait eu s'il avait détenu personnellement les actions.

- a) Pour pouvoir bénéficier de la présomption du paragraphe 7(2) L.I.R., est-ce que l'employé doit être le seul et unique bénéficiaire de la fiducie?

- b) Est-ce qu'un acte d'une fiducie ayant des bénéficiaires autres que l'employé mais liés à celui-ci pourrait prévoir que seuls les employés ont droit au capital et aux revenus découlant des actions de l'employeur détenues par la fiducie à laquelle le paragraphe 7(2) L.I.R. s'appliquerait?
- c) La réponse en b) serait-elle différente si les autres bénéficiaires n'étaient pas liés?
- d) Quel type de fiducie est visé par le paragraphe 7(2) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

Le paragraphe 7(2) L.I.R. fait notamment référence à la détention par un fiduciaire d'un titre en fiducie pour un employé. Le fait qu'il y ait des personnes autres que l'employé qui soient bénéficiaires de la fiducie ou que ces personnes soient liées ou non entre elles ne constitue pas, en soi, des facteurs déterminants pour établir si les conditions d'application de ce paragraphe sont satisfaites.

Quant au type de fiducie que le paragraphe 7(2) L.I.R. vise, l'ARC est d'avis que toute fiducie créée en vertu des règles de common law ou de droit civil, selon le régime applicable, est une fiducie aux fins du paragraphe 7(2) L.I.R. si le fiduciaire détient, pour un ou plusieurs employés, un titre visé à l'article 7 L.I.R. Le paragraphe 7(2) L.I.R. ne précise pas d'autres exigences concernant l'acte de fiducie.

1.4. ENTITÉS DE PLACEMENT ÉTRANGÈRES – CONCEPT DE « PARTICIPATION DÉSIGNÉE »

L'alinéa b) de la définition de « participation déterminée » au paragraphe 94.1(1) L.I.R.⁴ fait référence au concept de « participation désignée » dans une fiducie. Cette expression est aussi définie au paragraphe 94.1(1) L.I.R. de façon à viser une participation à titre de bénéficiaire d'une fiducie à l'égard de laquelle l'une ou l'autre de deux conditions est respectée.

La deuxième condition veut que la participation comprenne le droit du contribuable à titre de bénéficiaire de la fiducie de recevoir, au moment considéré ou postérieurement, tout ou partie du revenu ou du capital de la fiducie. Il semble donc que le contribuable doive détenir un droit immédiat

⁴ Tel qu'il est proposé dans CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens*, 30 octobre 2003.

et positif à tout ou partie du revenu ou du capital de la fiducie pour que la participation soit une participation désignée. Par conséquent, on peut affirmer de façon générale qu'une participation discrétionnaire⁵ dans une fiducie ne constitue pas une participation désignée ni, par conséquent, une participation déterminée, de sorte que le régime fiscal des entités de placement étrangères ne s'applique pas à ce type de participation.

Toutefois, dans une interprétation technique⁶, l'ARC s'est exprimée en désaccord avec cette position. Les faits relatifs à cette interprétation technique sont les suivants. Une fiducie est créée par un particulier non résident qui n'a jamais résidé au Canada. La fiducie elle-même est résidente d'un pays avec lequel le Canada n'a pas de convention fiscale. Les fiduciaires sont aussi des non-résidents du Canada. Certains des bénéficiaires sont des résidents du Canada. Le document créant la fiducie permet aux fiduciaires de remettre le revenu et le capital de la fiducie à certains bénéficiaires à l'exclusion des autres bénéficiaires. La fiducie n'est pas soumise aux règles sur les fiducies non résidentes.

Selon l'ARC, les participations dans cette fiducie détenues par des bénéficiaires qui résident au Canada seraient visées par la définition de « participation désignée » et ces bénéficiaires auraient donc une participation dans une entité de placement étrangère. Le raisonnement qui explique cette position repose sur la définition de « bénéficiaire » prévue au paragraphe 94.1(1) L.I.R. et qui fait référence à la définition du même mot au paragraphe 94(1) L.I.R. Cette définition prévoit qu'une entité est bénéficiaire d'une fiducie si, notamment, l'entité « a un droit de bénéficiaire dans la fiducie » (*is beneficially interested in the trust*). Puisque les mots « droit de bénéficiaire » sont utilisés, l'ARC estime que le paragraphe 248(25) L.I.R. doit être pris en considération. Or, il est clair qu'un « droit de bénéficiaire » englobe une participation dans une fiducie discrétionnaire, puisqu'il comprend le « droit – immédiat ou futur, conditionnel ou non, ou soumis ou non à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par une personne ou une société de personnes – à titre de bénéficiaire d'une fiducie de recevoir tout ou partie du revenu ou du capital de la fiducie⁷ ».

⁵ L'expression « participation discrétionnaire » n'est pas définie et est utilisée ici dans un sens général.

⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2004-0062291E5, 30 mars 2004.

⁷ Par. 248(25) « droit de bénéficiaire », al. a) L.I.R.

Le ministère des Finances entend-il modifier les dispositions sur les entités de placement étrangères et, en particulier, la définition de « participation désignée » afin qu'une participation de type discrétionnaire ne soit pas une participation déterminée?

Réponse du ministère des Finances

L'interprétation technique de l'ARC à laquelle vous faites référence exige que l'expression « participation désignée » soit interprétée dans un sens plus large que celui qui découle de la politique à la base de cette définition et de la définition de « participation déterminée ». Le ministère des Finances entend veiller à ce que la définition de « participation désignée » prévue au paragraphe 94.1(1) L.I.R. proposé – qui s'applique lorsqu'il s'agit de déterminer si un droit de bénéficiaire dans une fiducie constitue ou non une participation déterminée et est ainsi assujettie au régime fiscal des entités de placement étrangères – soit libellée de manière à énoncer comme il se doit les objectifs stratégiques sous-jacents. Ces objectifs incluent l'application du régime fiscal des entités de placement étrangères à un résident du Canada relativement à sa participation à titre de bénéficiaire d'une fiducie non résidente si cette participation lui permet d'obtenir une part du revenu tiré des biens de placement de la fiducie, ou de la fluctuation de la valeur de ces biens.

1.5. FIDUCIE AU BÉNÉFICE EXCLUSIF D'UNE SOCIÉTÉ

Madame A est l'unique actionnaire d'une société, Holdco, qui, à son tour, est l'unique actionnaire de Opco, une société qui exploite activement une entreprise.

Madame A et Monsieur X sont tous les deux fiduciaires d'une fiducie dont Holdco est le seul bénéficiaire.

La fiducie détient une usine qui est louée à Opco et perçoit du revenu de location constituant du revenu de biens. La fiducie a emprunté auprès de la banque et cette dernière détient une hypothèque à l'égard de l'usine. La fiducie a aussi obtenu un prêt auprès de Opco.

Est-ce que le paragraphe 15(2) L.I.R. s'applique à la fiducie pour le prêt consenti par Opco? Dans l'affirmative, est-ce que le ministère des Finances considère que ce résultat est en accord avec l'objet et l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

Est-ce que le revenu de location perçu par la fiducie et distribué par celle-ci à son seul bénéficiaire, soit Holdco, constitue du revenu provenant d'une entreprise exploitée activement pour Holdco? Est-ce que le paragraphe 129(6) L.I.R. peut s'appliquer? Dans la négative, est-ce que le ministère des Finances considère que ce résultat est en accord avec l'objet et l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

Réponse de l'ARC

Le paragraphe 15(2) L.I.R. pourrait s'appliquer dans le cas où la fiducie qui obtient le prêt de Opco est une personne rattachée à l'actionnaire Holdco en vertu du paragraphe 15(2.1) L.I.R. Une personne rattachée à un actionnaire peut comprendre une fiducie. Le paragraphe 15(2.1) L.I.R. prévoit qu'une personne est rattachée à un actionnaire d'une société donnée si elle a un lien de dépendance avec lui. L'alinéa 251(1)b) L.I.R. prévoit qu'un contribuable et une fiducie personnelle (sauf une fiducie visée à l'un des alinéas a) à e.1) de la définition de « fiducie » au paragraphe 108(1) L.I.R.) sont réputés avoir entre eux un lien de dépendance lorsque certaines conditions sont remplies. De plus, l'alinéa 251(1)c) L.I.R. prévoit que la question de savoir si des personnes non liées entre elles n'ont aucun lien de dépendance à un moment donné est une question de fait. Dans la situation présente, si la fiducie a un lien de dépendance avec Holdco en vertu de l'alinéa 251(1)b) ou c) L.I.R., la fiducie serait alors une personne rattachée à Holdco et le paragraphe 15(2) L.I.R. s'appliquerait à la fiducie sous réserve des exceptions prévues aux paragraphes 15(2.2) à (2.7) L.I.R.

Le paragraphe 108(5) L.I.R. prévoit qu'un montant inclus, en vertu du paragraphe 104(13) ou (14) L.I.R. ou de l'article 105 L.I.R., dans le calcul du revenu d'un bénéficiaire d'une fiducie est réputé être un revenu que le bénéficiaire a tiré d'un bien qui constitue une participation dans la fiducie et non un revenu tiré d'une autre source. Dans la situation présente, en prenant pour hypothèse que le paragraphe 104(13) L.I.R. s'applique et que le revenu provenant de la fiducie constitue un revenu payable à son bénéficiaire, Holdco, ce revenu est réputé, en vertu du paragraphe 108(5) L.I.R., être un revenu que le bénéficiaire a tiré d'un bien qui constitue une participation dans la fiducie.

Le paragraphe 129(6) L.I.R. prévoit qu'une somme déterminée payée ou payable à une société par une autre société à laquelle la société bénéficiaire était associée qui serait par ailleurs incluse dans le calcul du revenu de la société bénéficiaire provenant d'une source qui est un bien est, entre autres, réputée constituer dans certaines circonstances un revenu tiré d'une entreprise que la société bénéficiaire exploite activement au Canada. Dans la

situation présente, la somme n'est pas payée ou payable à une société par une autre société à laquelle la précédente est associée car la somme est payée à la fiducie et, par la suite, un montant est payable par la fiducie à son bénéficiaire. Le paragraphe 129(6) L.I.R. ne peut pas s'appliquer dans les circonstances.

Le fait de ne pas appliquer le paragraphe 129(6) L.I.R. dans le cas présent pourrait être avantageux dans certaines circonstances. Par conséquent, certaines transactions structurées de la sorte pourraient être examinées dans le cadre de l'application de la disposition générale antiévitement.

Réponse du ministère des Finances

L'un des objectifs du paragraphe 15(2) L.I.R. est d'empêcher les sociétés de recourir à des prêts en remplacement de dividendes ou d'autres montants impossibles pour effectuer des distributions aux actionnaires. Dans cette optique, l'exception visant les prêts entre sociétés s'explique par le fait que les dividendes intersociétés ne sont généralement pas impossibles. Il n'y a donc pas lieu de se préoccuper de l'application de l'impôt lorsqu'un prêt de ce genre est utilisé en remplacement d'un dividende. Par contre, si la somme reçue par la société est par la suite prêtée à un actionnaire ou à une personne qui lui est rattachée, ce deuxième prêt sera normalement pris en compte dans le calcul du revenu en application du paragraphe 15(2) L.I.R.

Un prêt subséquent de ce genre ne sera pas forcément assujéti à l'impôt si une fiducie fait partie de l'opération. Donc, étant donné que la fiducie est rattachée à Holdco, l'application du paragraphe 15(2) L.I.R. au prêt consenti à la fiducie par Opco est conforme à l'objet et à l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il pourrait toutefois être possible de mettre au point une interprétation davantage focalisée en réponse à cette préoccupation. La solution au problème pourrait consister à prévoir une nouvelle règle rendant imposable la somme prêtée par une société à une fiducie puis versée, sous forme de prêt, à l'actionnaire de la société ou à toute personne qui lui est rattachée. Cette règle pourrait être assortie d'une exception à l'application du paragraphe 15(2) L.I.R. à l'égard des fiducies dont les bénéficiaires sont uniquement des sociétés canadiennes.

En ce qui concerne la deuxième question, il est difficile de circonscrire avec précision l'esprit et l'objet de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à cet égard. Dans la situation particulière à laquelle vous faites allusion, certains objectifs stratégiques se chevauchent – et d'autres sont partiellement en opposition.

- D'une part, comme l'indique le paragraphe 108(5) L.I.R., la *Loi de l'impôt sur le revenu* vise à empêcher de préserver la nature du revenu d'entreprise et de le transférer aux bénéficiaires d'une fiducie. Pour ce faire, elle fait en sorte que le revenu tiré d'une fiducie soit un revenu tiré de biens.
- D'autre part, la *Loi de l'impôt sur le revenu* a pour objet d'empêcher un groupe de sociétés de transformer un revenu d'entreprise en revenu de placement de manière à tirer profit du mécanisme de remboursement. Cet objectif est habituellement atteint au moyen de l'application du paragraphe 129(6) L.I.R., aux termes duquel certains revenus de placement sont réputés conserver leur nature de revenus d'entreprise.

Dans la situation qui nous occupe, le paragraphe 129(6) L.I.R. ne s'applique pas étant donné qu'une fiducie a été interposée. Sans la fiducie, le paragraphe 129(6) L.I.R. se serait appliqué et le revenu de placement aurait été réputé être un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement.

Les deux objectifs stratégiques décrits ci-dessus entrent donc en jeu. Nous étudierons la meilleure façon de régler le problème, et nous pourrions recommander l'adoption d'une modification afin que le résultat visé soit obtenu.

1.6. PARAGRAPHE 75(2) L.I.R. – CONTRIBUANT COFIDUCIAIRE

L'alinéa 75(2)b) L.I.R. prévoit l'attribution du revenu tiré de certains biens d'une fiducie à une personne lorsque les biens ont été reçus par la fiducie de cette personne et que ces biens ne peuvent être disposés qu'avec son consentement ou suivant ses instructions.

L'ARC indique dans certaines interprétations techniques que dans des cas où la personne de qui des biens ont été reçus est cofiduciaire avec une ou plusieurs personnes, qu'elle agit en sa capacité de fiduciaire dans l'administration des biens de la fiducie et que l'acte de fiducie n'inclut pas de termes spécifiques sur la façon dont les biens de la fiducie doivent être administrés mais que l'administration de ces biens est assujettie aux termes généraux qui se retrouvent ordinairement dans un acte de fiducie (*standard terms ordinarily found in trust indentures*), l'alinéa 75(2)b) L.I.R. ne trouverait généralement pas application. Nous comprenons que dans le cas où il n'y a que deux fiduciaires et que les décisions doivent être prises soit à la majorité, soit à l'unanimité sans autre spécification, la personne de qui les biens ont été reçus devra consentir à la disposition des biens mais l'alinéa 75(2)b) L.I.R. ne s'appliquera pas.

Nous aimerions savoir ce que l'ARC entend par « termes généraux ordinairement retrouvés dans un acte de fiducie ».

Réponse de l'ARC

De façon générale, on peut considérer que lorsqu'un acte de fiducie ne contient pas de termes spécifiques sur la façon dont des biens de la fiducie doivent être administrés, l'administration de ces biens est assujettie aux termes généraux de l'acte de fiducie. Dans un tel cas, le fait qu'une personne de qui des biens ont été reçus par la fiducie soit cofiduciaire de la fiducie avec une ou plusieurs personnes et que les décisions des fiduciaires soient prises à la majorité ou à l'unanimité n'entraîne pas en soi l'application de l'alinéa 75(2)b) L.I.R. Par contre, l'alinéa 75(2)b) L.I.R. trouvera application lorsque, entre autres, les termes de l'acte de fiducie exigent spécifiquement le consentement de l'auteur de la fiducie ou de toute autre personne ayant fait apport de biens à la fiducie relativement à toute décision des fiduciaires concernant la disposition des biens de la fiducie.

1.7. APPLICATION DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R.

Un particulier (ci-après « M. X ») détient 100 % des actions ordinaires émises et en circulation (ci-après « actions ») d'une société opérante (ci-après « Opco ») très florissante. Le PBR et la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des actions détenues par M. X dans Opco s'établissent à 1 \$ et 500 000 \$ respectivement.

M. X souhaite effectuer un gel de la plus-value des actions détenues dans Opco tout en bénéficiant de l'exonération de gain en capital de 500 000 \$ prévue à l'article 110.6 L.I.R. M. X effectue donc un roulement interne des actions conformément au paragraphe 85(1) L.I.R. en choisissant une somme convenue de 500 000 \$ et reçoit en contrepartie des actions privilégiées ayant un PBR et une JVM de 499 999 \$ et une action ordinaire ayant un PBR et une JVM de 1 \$. M. X dispose ensuite de l'action ordinaire de Opco pour un produit de disposition de 1 \$ à une fiducie discrétionnaire (ci-après « fiducie ») dont les bénéficiaires sont sa conjointe, ses enfants et lui-même.

L'ARC appliquerait-elle le paragraphe 75(2) L.I.R. à l'égard du revenu réalisé par la fiducie sur l'action ordinaire de Opco en considérant que celle-ci est susceptible de revenir à M. X, et ce, bien que la fiducie ait acquis ladite action pour une contrepartie égale à sa JVM?

Réponse de l'ARC

Tel qu'il est mentionné dans le *Bulletin d'interprétation* IT-369R⁸, « l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. ne dépend pas du fait qu'il y a "prêt" ou "transfert" de biens, mais plutôt du fait que les biens sont "détenus" par la fiducie selon une ou plusieurs conditions » prévues au paragraphe 75(2) L.I.R. Nous sommes donc d'avis que le paragraphe 75(2) L.I.R. trouve application dès lors que des biens sont détenus par une fiducie selon l'une ou l'autre des conditions énoncées aux alinéas 75(2)a) ou b) L.I.R., et ce, nonobstant le fait que ces biens aient été acquis par la fiducie pour une contrepartie égale à leur JVM. En ce qui a trait à la condition énoncée au sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R., nous sommes d'avis qu'elle est respectée dès lors que la personne de qui des biens ont été directement ou indirectement acquis par une fiducie détient une participation dans le capital de cette fiducie.

Ainsi, en regard de la situation soumise dans la question, nous sommes d'avis que le paragraphe 75(2) L.I.R. devrait trouver application compte tenu que l'action ordinaire de Opco détenue par la fiducie est susceptible de revenir à la personne de qui elle a été directement ou indirectement reçue, soit M. X, en raison de la participation de ce dernier dans la fiducie.

1.8. APPLICATION DU PARAGRAPHE 75(2) L.I.R.

Une fiducie entre vifs discrétionnaire est créée par un particulier. Les bénéficiaires de la fiducie sont l'épouse du constituant, ses enfants, ses petits-enfants et ses frères et sœurs. Dans l'éventualité où l'épouse du constituant de la fiducie se voit accorder, en vertu de l'acte de fiducie, le pouvoir de déterminer par l'entremise de son testament le moment où la fiducie deviendra non discrétionnaire et dans quelle proportion chacun des bénéficiaires participera dans le revenu et le capital de la fiducie, est-ce que, selon l'ARC, la fiducie sera visée au paragraphe 75(2) L.I.R.? Plus spécifiquement, est-ce que le fait que la fiducie devienne non discrétionnaire en fonction d'une référence qui est faite au testament de l'épouse du constituant fait en sorte que le paragraphe 75(2) L.I.R. s'applique?

⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-369R, *Communiqué spécial*, « Attribution du revenu provenant d'une fiducie à un auteur ou à un disposant », 24 juin 1994, par. 1.

Réponse de l'ARC

Nous sommes d'avis que le paragraphe 75(2) L.I.R. ne devrait pas trouver application en regard de la situation hypothétique décrite ci-dessus dans la mesure où le constituant ne peut devenir l'un des bénéficiaires du capital de la fiducie de par l'exercice du pouvoir qui est conféré à son épouse et que cette dernière n'a contribué, directement ou indirectement, par aucun bien à la fiducie. Par contre, la condition énoncée au sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R. sera respectée si le pouvoir octroyé à l'épouse du constituant lui permet d'ajouter ce dernier comme bénéficiaire du capital de la fiducie. En effet, le simple fait que des biens soient **susceptibles** de revenir à la personne de qui ils ont été reçus directement ou indirectement suffit à satisfaire à la condition édictée au sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R.

1.9. DROIT DE BÉNÉFICIAIRE

Le sous-alinéa 55(5)e)(ii) L.I.R. énonce certaines règles pour déterminer si des personnes sont liées entre elles aux fins de l'article 55 L.I.R. Le sous-alinéa 55(5)e)(ii) L.I.R. stipule ce qui suit :

« [...] (ii) dans le cas où une personne est liée, à un moment donné, à chaque bénéficiaire, autre qu'un organisme de bienfaisance enregistré, d'une fiducie qui a ou peut avoir droit, pour une raison autre que le décès d'un autre bénéficiaire de la fiducie, à une part du revenu ou du capital de la fiducie, la personne et la fiducie sont réputées être liées entre elles à ce moment; à cette fin, une personne est réputée être liée à elle-même, [...]. »

« [...] (ii) where at any time a person is related to each beneficiary (other than a registered charity) under a trust who is or may (otherwise than by reason of the death of another beneficiary under the trust) be entitled to share in the income or capital of the trust, the person and the trust shall be deemed to be related at that time to each other and, for this purpose, a person shall be deemed to be related to himself, herself or itself, [...]. » (Notre soulignement)

D'autre part, l'alinéa 248(25)a) L.I.R. stipule ce qui suit :

« [...] a) comptent parmi les personnes ou sociétés de personnes ayant un droit de bénéficiaire dans une fiducie donnée celles qui ont le droit – immédiat ou futur, conditionnel ou non, ou soumis ou non à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par une personne ou une société de personnes – à titre de bénéficiaire d'une fiducie de recevoir tout ou partie du revenu ou du capital de la fiducie donnée, soit directement de celle-ci, soit indirectement par l'entremise d'une ou plusieurs fiducies ou société de personnes; [...]. »

« [...] (a) a person or partnership beneficially interested in a particular trust includes any person or partnership that has any right (whether immediate or

future, whether absolute or contingent or whether conditional on or subject to the exercise of any discretion by any person or partnership) as a beneficiary under a trust to receive any of the income or capital of the particular trust either directly from the particular trust or indirectly through one or more trusts or partnerships; [...]». » (Notre soulignement)

Est-ce que l'ARC peut préciser s'il existe une distinction entre l'interprétation devant être donnée aux deux textes ou si le sous-alinéa 55(5)e)(ii) L.I.R. doit être interprété à la lumière de l'alinéa 248(25)a) L.I.R.? Le cas échéant, pourquoi cette différence existe-t-elle et comment doit-on l'interpréter et pourquoi n'a-t-on pas simplement référé à l'alinéa 248(25)a) L.I.R. au sous-alinéa 55(5)e)(ii) L.I.R. tout en excluant le cas devant être exclu?

Dans l'éventualité où il existe une différence entre les deux textes, est-ce que le ministère des Finances peut nous indiquer si celle-ci est conforme à l'objet et l'esprit de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

Réponse de l'ARC

Le sous-alinéa 55(5)e)(ii) L.I.R. énonce une règle pour déterminer si une personne et une fiducie sont réputées liées entre elles aux fins de l'application de l'article 55 L.I.R.

L'alinéa 248(25)a) L.I.R. énonce, quant à lui, une règle pour déterminer si une personne ou une société de personnes a un droit de bénéficiaire dans une fiducie donnée aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Comme la notion de « personne ayant un droit de bénéficiaire » n'est pas pertinente aux fins de l'application du sous-alinéa 55(5)e)(ii) L.I.R., nous sommes d'avis que le sous-alinéa 55(5)e)(ii) L.I.R. ne peut être interprété en fonction de cette notion prévue à l'alinéa 248(25)a) L.I.R.

Il nous apparaît cependant que les droits décrits au sous-alinéa 55(5)e)(ii) L.I.R. et à l'alinéa 248(25)a) L.I.R. sont assez semblables.

Réponse du ministère des Finances

Le critère prévu au sous-alinéa 55(5)e)(ii) L.I.R. a été rédigé de manière à satisfaire aux exigences particulières de l'article 55 L.I.R. et il doit être interprété à la lumière de l'objet et de l'esprit de cet article. Comme l'a signalé l'ARC, le sous-alinéa 55(5)e)(ii) L.I.R. ne prévoit pas l'existence d'un « droit » à une part du revenu ou du capital d'une fiducie. En

conséquence, nous sommes d'accord avec l'ARC pour dire que le sous-alinéa 55(5)e)(ii) L.I.R. doit être interprété indépendamment de l'alinéa 248(25)a) L.I.R.

1.10. GAIN EN CAPITAL RÉALISÉ PAR UNE FIDUCIE

Une fiducie personnelle réalise un gain en capital de 2 M\$. Les bénéficiaires de la fiducie sont un père et ses quatre enfants. Le solde de l'exonération pour gains en capital du père est nul alors que celui des enfants est de 500 000 \$ chacun. En vertu du paragraphe 104(21) L.I.R., la fiducie attribue aux quatre enfants le gain en capital imposable net, soit un montant de 250 000 \$ chacun, à l'encontre duquel chaque enfant réclamera son exonération pour gain en capital. Le solde détenu en fiducie, soit la somme de 1 M\$, fera l'objet d'une distribution de capital au père au cours d'une année d'imposition subséquente.

L'ARC partage-t-elle notre interprétation des dispositions applicables de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'égard des conséquences fiscales de l'attribution du revenu et du capital de la fiducie?

L'ARC invoquera-t-elle la règle générale antiévitement à l'encontre de cette méthode d'attribution par la fiducie?

Réponse de l'ARC

Les paragraphes 104(21) et 104(21.2) L.I.R. permettent qu'une fiducie personnelle, pour une année d'imposition au cours de laquelle elle a résidé au Canada, attribue un montant au titre de ses gains en capital imposables nets à chacun de ses bénéficiaires. Dans ces circonstances chacun des bénéficiaires pourra se prévaloir de la déduction du paragraphe 110.6(2.1) L.I.R.

Nous tenons toutefois à souligner que les distributions effectuées par une fiducie doivent être effectuées en conformité avec l'acte de fiducie et le droit applicable. Certaines possibilités s'offrent à l'ARC afin d'obtenir le traitement fiscal approprié aux transactions effectuées contrairement à l'acte de fiducie et au droit applicable sans nécessairement invoquer la règle générale antiévitement. Pour ce qui est de cette dernière, son analyse requiert la prise en compte de tous les faits pertinents d'une situation donnée, ce qui ne peut être fait dans le présent cadre.

2. SOCIÉTÉS

2.1. SOCIÉTÉS RATTACHÉES

Les actionnaires d'une société opérante (ci-après « OPCO ») sont trois sociétés de gestion (ci-après « GESTCO1 », « GESTCO2 » et « GESTCO3 »). Le capital-actions autorisé de OPCO est composé d'actions des catégories « A », « B » et « C ». Le capital-actions émis et en circulation de OPCO est composé de 100 actions de catégorie « A », 100 actions de catégorie « B » et 100 actions de catégorie « C ». GESTCO1, GESTCO2 et GESTCO3 possèdent respectivement 100 actions de catégorie « A », 100 actions de catégorie « B » et 100 actions de catégorie « C » du capital-actions de OPCO.

Les statuts de OPCO prévoient que les actions de chacune des catégories du capital-actions de OPCO sont votantes et participantes. De plus, les actions de chacune des catégories donnent droit à des dividendes discrétionnaires. Plus particulièrement, un détenteur d'actions d'une catégorie (« A », « B » ou « C ») du capital-actions de OPCO peut recevoir des dividendes de OPCO à l'exclusion des détenteurs d'actions des autres catégories, et cela à la discrétion des administrateurs de la société.

Aucun des actionnaires individuellement n'a le contrôle effectif (*de jure*) de OPCO. GESTCO1, GESTCO2 et GESTCO3 ne sont pas des personnes liées entre elles au sens du paragraphe 251(2) L.I.R.

En vertu de l'alinéa 186(4)b) L.I.R., une société payante est rattachée à une société donnée à un moment donné si la société donnée possède à ce moment : i) d'une part, plus de 10 % des actions émises (comportant plein droit de vote en toutes circonstances) du capital-actions de la société payante, et ii) d'autre part, des actions du capital-actions de la société payante dont la JVM est de plus de 10 % de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions de la société payante.

Puisque aux fins de la définition de société rattachée au paragraphe 186(4) L.I.R., la JVM des actions est importante, et en considérant que le montant de dividende qui peut être versé sur des actions influe sur la JVM de ces dernières, comment l'existence de dividendes discrétionnaires touche-t-elle l'application du paragraphe 186(4) L.I.R.?

En d'autres termes, dans une situation telle qu'elle est décrite ci-dessus, est-ce que l'ARC considérerait que chacune des sociétés de gestion posséderait des actions de OPCO dont la JVM correspondrait au tiers de la

JVM totale des actions de OPCO, de sorte que OPCO serait rattachée à chacune des sociétés de gestion?

Réponse de l'ARC

Nous avons consulté nos collègues de la Division des applications techniques et des évaluations afin de répondre à vos questions. Nos services des évaluations sont d'avis que, compte tenu des faits mentionnés dans la situation soumise, chacune des trois sociétés de gestion posséderait, à un moment donné d'une année d'imposition, des actions du capital-actions de OPCO dont la JVM correspondrait au tiers de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions de OPCO. À cet égard, bien que le versement d'un dividende discrétionnaire par OPCO influencerait sur la JVM des actions émises de son capital-actions, cela ne viendrait pas modifier la proportion de la JVM des actions du capital-actions de OPCO détenues par chacune des trois sociétés de gestion, à un moment donné, puisque chaque actionnaire détiendrait une catégorie d'actions parmi trois catégories d'actions ayant des droits identiques du point de vue d'un acheteur potentiel.

Nous sommes donc d'avis que, dans la situation décrite ci-dessus, OPCO serait rattachée à un moment donné d'une année d'imposition aux trois sociétés de gestion en vertu de l'alinéa 186(4)b) L.I.R. puisque, d'une part, chacune des trois sociétés de gestion posséderait à ce moment plus de 10 % des actions émises (comportant plein droit de vote en toutes circonstances) du capital-actions de OPCO et, d'autre part, chacune des trois sociétés posséderait à ce moment des actions du capital-actions de OPCO dont la JVM serait de plus de 10 % de la JVM de toutes les actions émises du capital-actions de OPCO.

2.2. IMPÔT DE LA PARTIE I.3 L.I.R. – ASSUREURS

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit qu'aux fins du calcul du capital imposable de l'impôt de la Partie I.3 L.I.R., une société d'assurances doit inclure notamment la valeur comptable de ses actifs corporels⁹.

Le ministère des Finances explique l'objectif visé par l'inclusion de la valeur comptable des biens corporels de la façon suivante :

« [Les institutions financières] utilisent généralement leur capital pour financer des avoirs matériels qui servent à leur fonction d'intermédiaire financier ou

⁹ Al. 181.3(1)a) L.I.R.

pour des activités de crédit-bail ou de location. Le capital financier servant à soutenir la fonction d'intermédiaire de l'institution sera imposé tout comme le capital utilisé pour financer les éléments d'actif qui appartiennent à l'institution¹⁰. »

« Les institutions financières et les compagnies d'assurance seront assujetties à l'impôt non seulement sur leur capital financier, mais aussi sur le capital qui sert à financer leurs biens immeubles et les autres biens corporels utilisés au Canada¹¹. »

Nous comprenons que le but de cette mesure était de s'assurer que les institutions financières paient leur juste part d'impôt de la Partie I.3 L.I.R. en comparaison des autres sociétés et non pas d'inclure des montants plus élevés.

En effet, certaines institutions financières n'ont pas à inclure dans leur capital imposable leur dette émise pour un terme de moins de cinq ans. En conséquence, ces dernières bénéficieraient d'un avantage par rapport aux autres sociétés qui doivent inclure la totalité du montant de prêts et avances qu'on leur a consenti ainsi que toute dette qui existe depuis plus d'un an.

Supposons, aux fins des présentes, qu'une compagnie d'assurances qui réside et exploite une entreprise d'assurance vie au Canada acquière un immeuble de 1 M\$ en contrepartie duquel elle émet des actions d'une valeur de 1 M\$. L'immeuble est un élément de l'actif et les actions émises sont incluses comme élément du capital-actions aux états financiers de l'assureur. Le capital additionnel reçu par la société serait de 1 M\$ mais cette dernière devrait tout de même inclure 2 M\$ dans le calcul de son capital imposable.

Nous comprenons que le législateur ne peut avoir l'intention de créer une telle double imposition. Cela irait à l'encontre du système fiscal canadien. Une double imposition peut être intentionnelle dans le cas où l'on recherche un effet dissuasif¹² et non pas dans un cadre régulier et continu.

En conséquence, dans un cas comme celui-ci, l'ARC peut-elle confirmer que le paragraphe 181(4) L.I.R. devrait s'appliquer afin d'éviter une double

¹⁰ CANADA, ministère des Finances, *Documents budgétaires*, 27 avril 1989, p. 43.

¹¹ *Id.*, p. 44.

¹² Par exemple, le paragraphe 15(1) L.I.R. où il y a inclusion au revenu de l'actionnaire sans déduction correspondante pour la société.

inclusion dans le calcul du capital imposable faisant en sorte que l'ajout au capital imposable ne serait que de 1 M\$?

Le ministère des Finances peut-il confirmer qu'il n'était pas de l'intention du législateur de créer une double imposition lors de l'introduction de l'alinéa 181.3(1)a) L.I.R.? De plus, est-il en accord avec la conclusion ci-dessus selon laquelle le paragraphe 181(4) L.I.R. devrait s'appliquer dans un cas comme celui exposé plus haut et que l'ajout au capital imposable ne serait que de 1 M\$?

Réponse de l'ARC

Nous sommes d'accord que les montants afférents à l'immeuble et aux actions sont respectivement inclus dans le calcul du capital imposable utilisé au Canada en vertu de l'alinéa 181.3(1)a) L.I.R. et de la subdivision 181.3(1)c)(ii)(A)(I) L.I.R.

La possibilité de double inclusion ou de double qualification d'un montant aux fins de la Partie I.3 L.I.R. est expressément prévue au paragraphe 181(4) L.I.R. qui a pour but de remédier à une double inclusion. Cette disposition se lit comme suit :

« Sauf intention contraire évidente, aucune des dispositions de la présente partie n'a pour effet d'exiger l'inclusion ou de permettre la déduction d'une somme dans le calcul de capital d'une société, de sa déduction pour placements, de son capital imposable ou de son capital imposable utilisé au Canada pour une année d'imposition, dans la mesure où cette somme est incluse ou déduite, selon le cas, dans le calcul de ces montants en vertu, en conformité ou en application de toute autre disposition de la présente partie. »

Nous sommes d'avis que le paragraphe 181(4) L.I.R. vise des situations où le même élément (ou poste) du bilan est inclus en vertu de deux dispositions ou plus de la Partie I.3 L.I.R., ce qui n'est pas le cas dans la situation que vous avez exposée. Cette position est conforme aux paragraphes 19 et 28 du *Bulletin d'interprétation* IT-532¹³.

Réponse du ministère des Finances

Même si les institutions financières (lesquelles, à ces fins, comprennent les assureurs) et les sociétés non financières incluent l'avoir des actionnaires

¹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-532, « Partie I.3 – Impôt des grandes sociétés », 13 octobre 2000, par. 19 et 28.

dans leur capital, les institutions financières sont traitées différemment, selon la Partie I.3 L.I.R., des sociétés non financières relativement à au moins deux éléments importants et liés. D'abord, seule une partie des dettes d'une institution financière – c'est-à-dire son passif à long terme – est incluse dans son capital, alors que la presque totalité des dettes des sociétés non financières est incluse dans leur capital. Cela s'explique par le fait qu'il est raisonnable de considérer les dettes qui font partie du passif à long terme (définies comme des titres secondaires d'une durée supérieure à cinq ans) comme le capital financier d'une institution financière. Par ailleurs, le passif à court terme, comme les dépôts, fonctionne habituellement moins comme du capital et davantage comme de l'inventaire. C'est pourquoi il a été décidé que ce passif ne serait pas inclus dans le capital des institutions financières.

Ensuite, les biens corporels sont inclus dans l'assiette des institutions financières, alors qu'ils ne le sont pas dans le cas des sociétés non financières. Comme cette inclusion a pour objet de s'ajouter au capital financier d'une institution financière, il n'est pas prévu que le ministre du Revenu national tente, en vertu du paragraphe 181(4) L.I.R., de retracer la source de financement des actifs corporels d'une institution financière de manière à éliminer une inclusion relative aux biens financés au moyen de l'émission d'actions ou d'un passif à long terme.

2.3. SPCC – OPTIONS DÉTENUES PAR DES NON-RÉSIDENTS

Selon la définition de « société privée sous contrôle canadien » (ci-après « SPCC ») prévue au paragraphe 125(7) L.I.R., une SPCC est une société privée qui est une société canadienne, et qui n'est pas une société visée par un des alinéas a), b) ou c) de la définition de SPCC. L'alinéa a) de la définition vise notamment la situation où une société est contrôlée directement ou indirectement de quelque manière que ce soit par une ou plusieurs personnes non résidentes. L'alinéa b) vise notamment la situation où une société serait contrôlée par une personne donnée, si chaque action du capital-actions de la société appartenant à une personne non résidente appartenait à la personne donnée.

a) Contrôle de droit et détention d'option

Aux fins de cette définition, on doit aussi tenir compte, en raison de l'alinéa 251(5)b) L.I.R., des options qu'une personne détiendrait. Ainsi, même si un groupe de trois personnes (détenant chacune un tiers des actions) résidentes du Canada aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* détenait le contrôle effectif (*de jure*) d'une société, cette société ne serait tout de même pas une SPCC si deux personnes non résidentes avaient ensemble l'option

d'acheter au moins 51 % des actions des trois personnes résidentes du Canada. Et inversement, si un groupe de personnes non résidentes détenait le contrôle effectif (plus de 50 % des actions) d'une société et que des personnes résidentes du Canada aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* avaient ensemble l'option d'acheter 51 % des actions émises et en circulation du capital-actions de la société, la société ne serait pas pour autant une SPCC.

Le ministère des Finances peut-il nous faire savoir si le résultat ci-dessus est conforme avec la notion de SPCC qu'il souhaitait voir appliquer lors de l'introduction de la définition dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

b) Exercice simultané des options

Si un actionnaire minoritaire non résident d'une société (dont la majorité des actions votantes serait détenue par des personnes résidentes du Canada aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*) détenait des options d'achat d'actions du trésor de cette société dont l'exercice lui donnerait le contrôle effectif, alors cette société ne serait pas une SPCC. Mais si chaque actionnaire avait une option d'achat d'actions du trésor, faisant en sorte que le pourcentage de détention d'actions de la société après la levée des options serait le même qu'au départ, on pourrait s'attendre à ce que la société ne perde pas son statut de SPCC. Selon l'ARC¹⁴, en ce qui concerne l'application de l'alinéa 251(5)b) L.I.R. aux fins de la définition de SPCC, l'analyse du contrôle doit se faire comme si chaque détenteur d'une option d'achat d'actions était le seul à en détenir, et ce, sans considérer l'exercice simultané des options.

Par contre, pour déterminer si des sociétés sont associées en vertu du paragraphe 256(1) L.I.R., la position de l'ARC est différente en ce sens que l'analyse du contrôle doit se faire comme s'il y avait un exercice simultané des options d'achat d'actions¹⁵.

L'ARC pourrait-elle préciser les différences entre les libellés du sous-alinéa 251(5)b)(i) L.I.R. et de l'alinéa 256(1.4)a) L.I.R., qui font en sorte que les conclusions ci-dessus ne sont pas les mêmes? En d'autres termes, pourquoi l'application de l'exercice des options d'achat d'actions ne

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0048571C6, 2 décembre 2002.

¹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-0020895, 16 juin 2003.

se fait-elle pas de la même façon aux fins des règles sur les sociétés associées et aux fins de la définition de SPCC?

Réponse du ministère des Finances

À notre avis, les résultats décrits sont conformes à la politique de cette disposition. Il s'agit du principe d'**exclusivité** en matière du contrôle d'une société, et en particulier en ce qui concerne l'impact sur les options. Pour être une SPCC, il faut qu'une société n'ait aucun contrôleur non résident, ni actuel ni potentiel. Être sous le contrôle d'un ou de plusieurs résidents du Canada n'empêche pas la possibilité que la société soit réputée aussi être contrôlée par un non-résident, grâce à l'accès (par voie d'options) aux actions ou à un autre moyen d'influence.

Réponse de l'ARC

L'ARC a tiré les conclusions différentes mentionnées ci-dessus, à l'égard d'options d'achat d'actions du trésor d'une société, principalement parce que les présomptions à l'alinéa 256(1.4)a) L.I.R. et au sous-alinéa 251(5)b)(i) L.I.R. sont différentes et à cause de leur interaction avec les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour lesquelles elles s'appliquent.

D'une part, la personne visée au sous-alinéa 251(5)b)(i) L.I.R. est réputée, pour l'application du paragraphe 251(2) L.I.R. et de la définition de SPCC au paragraphe 125(7) L.I.R., occuper la même position relativement au contrôle de la société que si elle était propriétaire des actions à un moment donné. Le sous-alinéa 251(5)b)(i) L.I.R. crée une présomption pour la détermination du contrôle d'une société, et ce, personne par personne. Dans son examen pour une personne donnée, le sous-alinéa 251(5)b)(i) L.I.R. fait abstraction des droits possédés par d'autres personnes.

D'autre part, pour déterminer si une société est associée à une autre société avec laquelle elle n'est pas autrement associée, selon le paragraphe 256(1) L.I.R., l'alinéa 256(1.4)a) L.I.R. prévoit que toute personne visée est réputée propriétaire de certaines actions, à un moment donné, et que les actions sont réputées émises et en circulation à ce moment. Le libellé de l'alinéa 256(1.4)a) L.I.R. permet de tenir compte des droits d'achat d'actions du trésor d'une société qui sont détenus par tous les actionnaires dans la situation décrite ci-dessus. De plus, l'alinéa 256(1.4)a) L.I.R. ne crée pas de présomption à l'égard du contrôle d'une société par une personne en particulier.

2.4. GEL EN FAVEUR D'EMPLOYÉS-CLÉS

Un actionnaire (ci-après « Monsieur X ») qui détient 100 % des actions ordinaires de OPCO dont la JVM est de 2 M\$ désire faire participer un employé-clé à 15 % du capital-actions de OPCO.

Opérations proposées

- 1) Monsieur X procédera à un gel, en disposant de ses actions ordinaires en contrepartie d'actions privilégiées rachetables au gré du détenteur ayant une JVM de 2 M\$.
- 2) L'employé-clé constituera une société (ci-après « EMPLOYÉCO ») dans laquelle il souscrira à 100 actions ordinaires pour 100 \$.
- 3) Monsieur X souscrira à 85 % des actions ordinaires de OPCO pour 85 \$, tandis que EMPLOYÉCO souscrira à 15 % des actions ordinaires de OPCO pour 15 \$.
- 4) Monsieur X disposera d'actions privilégiées de gel d'une valeur de 300 000 \$, soit 15 % en faveur d'EMPLOYÉCO, en contrepartie d'un billet de 300 000 \$. Monsieur X profitera de l'exemption pour gains en capital de 300 000 \$.
- 5) Afin que EMPLOYÉCO puisse rembourser le billet de 300 000 \$ à Monsieur X, OPCO procédera graduellement au rachat des actions privilégiées détenues par EMPLOYÉCO, au fur et à mesure que OPCO réalisera des profits.

Questions

- a) L'ARC considère-t-elle que la situation décrite ci-dessus s'apparente à celle décrite dans l'interprétation technique 9336285¹⁶ et qu'il n'existerait pas de lien de dépendance entre Monsieur X et EMPLOYÉCO aux fins de l'article 84.1 L.I.R.? La réponse serait-elle la même pour chacune des variantes suivantes :
 - OPCO détient 300 000 \$ en liquidités dans son compte de banque et rachète immédiatement les actions détenues par EMPLOYÉCO;

¹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9336285, 29 avril 1994.

- OPCO emprunte 300 000 \$ auprès d'une institution financière et rachète immédiatement les actions détenues par EMPLOYÉCO?
- b) Supposons que dans les transactions proposées, le pourcentage d'actions privilégiées acquises par EMPLOYÉCO soit supérieur au pourcentage d'actions participantes acquises. À titre d'exemple, EMPLOYÉCO se porte acquéreur d'actions privilégiées d'une valeur de 500 000 \$, soit 25 % de la valeur de la société, mais que la souscription en actions ordinaires demeure à 15 %. Les réponses en a) seraient-elles différentes pour chacune des variantes présentées :
- OPCO détient 500 000 \$ en liquidités;
 - OPCO emprunte 500 000 \$ auprès d'une institution financière;
 - OPCO procède graduellement au rachat des actions détenues par EMPLOYÉCO au fur et à mesure qu'elle réalise des profits?
- c) Si la transaction portait simplement sur 35 % des actions ordinaires détenues initialement par Monsieur X, est-ce que l'ARC considérerait que le gain en capital de 700 000 \$ réalisé par ailleurs par Monsieur X serait réputé être un dividende reçu d'EMPLOYÉCO? En d'autres termes, est-ce que l'ARC considérerait que cette transaction n'est en réalité qu'un dépouillement de surplus?

Réponse de l'ARC

Nous prenons comme hypothèse aux fins des présentes qu'EMPLOYÉCO n'agirait pas, sur le plan juridique, à titre de mandataire de OPCO relativement à l'achat des actions privilégiées du capital-actions de OPCO. Si tel était le cas, le paragraphe 84(3) L.I.R. serait alors applicable.

Deux éléments importants se dégagent des scénarios décrits aux paragraphes a) et b) de l'énoncé de la présente question.

Dans un premier temps, il appert qu'à la suite des transactions proposées, Monsieur X conserverait une participation importante dans OPCO. Ainsi, Monsieur X conserverait le contrôle de OPCO. De plus, la JVM de la participation que conserverait Monsieur X dans OPCO serait significative, lorsqu'elle est comparée à la JVM totale de OPCO. Cet élément diffère notamment de l'exemple donné dans la *Circulaire*

d'information 88-2¹⁷. Dans cet exemple, l'actionnaire-vendeur disposait de la totalité de sa participation dans la société opérante.

Dans un deuxième temps, il est clair que les fonds reçus par Monsieur X dans les scénarios décrits aux paragraphes a) et b) de l'énoncé de la présente question émaneraient de OPCO. Ceci diffère notamment de la décision *Geransky c. La Reine*¹⁸, où le tribunal a statué que l'argent reçu par le contribuable avait été payé à même les propres fonds de l'acheteur, et non à même les fonds de l'une des sociétés alors détenues par le contribuable.

Conformément à l'alinéa 251(1)c), la question de savoir si des personnes non liées ont ou non un lien de dépendance à un moment donné est une question de fait. Le *Bulletin d'interprétation* IT-419R2¹⁹ indique, entre autres, que le cas où une partie à une transaction ne fait que satisfaire l'autre partie en vue d'obtenir un certain résultat fiscal peut en être un où ces parties ont un lien de dépendance parce qu'elles n'ont pas d'intérêts économiques distincts correspondant à une opération commerciale courante entre des parties qui agissent chacune en fonction de leurs propres intérêts. Dans les scénarios décrits aux paragraphes a) et b) de l'énoncé de la présente question, EMPLOYÉCO ne nous semble pas avoir d'intérêt économique distinct à acquérir les actions privilégiées du capital-actions de OPCO détenues par Monsieur X autre que celui de satisfaire Monsieur X. À cet égard, il faut notamment souligner que l'objectif d'insérer EMPLOYÉCO (et indirectement l'employé-clé) dans l'actionnariat de OPCO aurait très bien pu être atteint aux termes du gel et des souscriptions d'actions ordinaires de OPCO dans les proportions voulues, sans que Monsieur X n'ait à disposer d'actions privilégiées du capital-actions de OPCO en faveur d'EMPLOYÉCO.

Il faut également souligner le fait qu'EMPLOYÉCO n'a pas de ressources financières propres lui permettant d'acquérir les actions privilégiées du capital-actions de OPCO. Les fonds nécessaires à cette acquisition émaneraient invariablement de OPCO, laquelle est contrôlée par Monsieur X et continuera de l'être. Cet élément doit aussi être considéré lorsqu'il faut déterminer si Monsieur X et EMPLOYÉCO ont ou non un lien

¹⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information* 88-2, *Supplément 1*, « Disposition générale anti-évitement », 13 juillet 1990, par. 4.

¹⁸ 2001 D.T.C. 243, [2001] 2 C.T.C. 2147.

¹⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-419R2, « Sens de l'expression "sans lien de dépendance" », 10 juin 2004, par. 26.

de dépendance entre eux lors de l'achat des actions privilégiées du capital-actions de OPCO.

Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis qu'il est fort probable qu'il puisse exister un lien de dépendance de fait entre Monsieur X et EMPLOYÉCO en ce qui a trait à la disposition des actions privilégiées du capital-actions de OPCO par Monsieur X en faveur de EMPLOYÉCO. En conséquence, l'ARC considérerait sérieusement l'application de l'article 84.1 L.I.R., et ce, à titre de position principale. Aux termes de l'alinéa 84.1(1)b) L.I.R., un dividende serait réputé avoir été versé par EMPLOYÉCO et reçu par Monsieur X au moment de la disposition des actions privilégiées du capital-actions de OPCO.

À titre de position secondaire, l'ARC considérerait l'application du paragraphe 245(2) L.I.R. afin de déterminer à nouveau les conséquences fiscales découlant des deux scénarios et de recaractériser le produit reçu par Monsieur X à titre de dividende. En effet, nous sommes d'avis que les scénarios décrits aux paragraphes a) et b) de l'énoncé de la présente question constitueraient des opérations de dépouillement de surplus qui seraient contraires à la structure de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette structure de la *Loi de l'impôt sur le revenu* se dégage notamment de l'alinéa 12(1)j) L.I.R. qui réfère lui-même à la sous-section h, dont font notamment partie le paragraphe 84(3) et l'article 84.1 L.I.R. Selon la jurisprudence, cette structure de la *Loi de l'impôt sur le revenu* exige qu'une distribution de biens émanant d'une société en faveur de ses actionnaires, peu importe la forme de cette distribution, soit traitée à titre de revenu au niveau des actionnaires, et non à titre de gain en capital.

Il est à noter que dans le cadre d'un panel sur la disposition générale antiévitement tenu au congrès de l'APFF d'octobre 2001²⁰, l'ARC avait analysé un scénario similaire à ceux décrits dans la présente question. Un contribuable procédait à la cristallisation de la déduction pour gains en capital à l'égard d'actions d'une société opérante. Ce contribuable disposait ensuite d'une partie de ses actions de la société opérante en faveur d'une nouvelle société de gestion constituée par d'autres actionnaires de la société opérante. La nouvelle société de gestion utilisait les surplus de la société opérante pour acquitter le prix d'achat des actions. Le contribuable continuait d'être actionnaire de la société opérante. L'ARC avait indiqué

²⁰ Serge BILODEAU, Wilfrid LEFEBVRE, Jane MEAGHER et Marc VANASSE, « Panel : évolution de la règle générale antiévitement », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 26:1-90.

qu'elle appliquerait l'article 84.1 à titre de position principale et le paragraphe 245(2) à titre de position secondaire à l'égard d'un tel scénario.

Par ailleurs, nous ne sommes pas certains de bien comprendre le scénario décrit au paragraphe c) de l'énoncé de la présente question. Dans la mesure où ce scénario signifie que Monsieur X redeviendrait le seul et unique actionnaire de OPCO au terme des transactions, nous sommes d'avis que l'article 84.1 L.I.R. et alternativement le paragraphe 245(2) L.I.R. seraient applicables. Le rôle d'« accommodateur » ou de « facilitateur » d'EMPLOYÉCO envers Monsieur X ressortirait alors de manière encore plus marquée.

En ce qui a trait à l'interprétation technique à laquelle il est fait référence dans l'énoncé de la présente question, il faut souligner que ce document prenait comme hypothèse que l'acheteur et le vendeur n'avaient pas de lien de dépendance entre eux. De plus, ce document mentionne de manière expresse que la question de savoir si le vendeur et la société qui acquiert les actions ont entre eux un lien de dépendance en est une de fait pour laquelle aucune opinion n'est offerte.

En terminant, nous tenons à rappeler que l'application de l'article 84.1 L.I.R. et du paragraphe 245(2) L.I.R. nécessite l'analyse de tous les faits et circonstances se rapportant à une situation particulière donnée. À cet égard, lorsque des contribuables envisagent d'effectuer des opérations où l'une de ces dispositions pourrait s'appliquer, il est recommandé d'obtenir une décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu avant de procéder à de telles opérations.

2.5. INTERACTION DU PARAGRAPHE 84(3) L.I.R. ET DE L'ALINÉA 69(1)B) L.I.R.

La société A détient des actions ordinaires du capital-actions de la société B. La société A et la société B ont un lien de dépendance entre elles au sens du paragraphe 251(1) L.I.R. La société B désire acheter, dans le cadre d'un achat de gré à gré, une partie des actions ordinaires de son capital-actions possédées par la société A pour une contrepartie inférieure à leur JVM, et la société A désire vendre ces actions ordinaires à la société B pour cette même contrepartie.

Sauf disposition contraire expresse prévue dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lorsqu'un contribuable a disposé d'un bien en faveur d'une personne avec laquelle il avait un lien de dépendance pour une contrepartie inférieure

à la JVM, il est réputé avoir reçu par suite de la disposition une contrepartie égale à cette JVM en vertu de l'alinéa 69(1)b) L.I.R.

Le paragraphe 84(3) L.I.R. prévoit la possibilité de réaliser un dividende réputé lors de l'achat par une société des actions de son capital-actions. Le montant du dividende correspond alors à l'excédent éventuel de la somme payée par la société lors de l'achat des actions sur le capital versé relatif à ces actions.

Dans une telle situation, comment l'ARC traiterai-elle la réalisation de cette transaction eu égard à l'application potentielle du paragraphe 84(3) L.I.R. et de l'alinéa 69(1)b) L.I.R.?

Plus particulièrement, les trois scénarios suivants ont été envisagés par l'auteur de la question en regard du libellé de ces dispositions.

Scénario 1

Réalisation d'un dividende réputé égal à l'excédent de la JVM des actions ordinaires achetées sur le capital versé relatif à ces actions conformément au paragraphe 84(3) L.I.R. Selon ce scénario, l'application de l'alinéa 69(1)b) L.I.R. vient majorer aux fins du paragraphe 84(3) L.I.R. la somme payée par la société A pour l'achat des actions à un montant correspondant à la JVM de celles-ci.

Scénario 2

Réalisation d'un dividende réputé égal à l'excédent de la somme réellement payée par la société A pour l'achat des actions ordinaires sur le capital versé relatif à ces actions et réalisation d'un gain en capital égal à l'excédent de la JVM des actions sur le total du dividende réputé et du PBR des actions. Selon ce scénario, le dividende réputé est calculé conformément au paragraphe 84(3) L.I.R. sans égard à l'alinéa 69(1)b) L.I.R. et le gain en capital est calculé en tenant compte du dividende réputé (définition de « produit de disposition » à l'article 54 L.I.R.) et de la majoration du produit de disposition telle qu'elle est prévue à l'alinéa 69(1)b) L.I.R.

Scénario 3

Réalisation d'un dividende réputé égal à l'excédent de la somme payée par la société A pour l'achat des actions ordinaires sur le capital versé relatif à ces actions, et pas de gain en capital réalisé par la société B. Selon ce scénario, un dividende réputé est calculé conformément au paragraphe

84(3) L.I.R. sans égard à l'alinéa 69(1)b) L.I.R. puisque le paragraphe 84(3) L.I.R. constitue une disposition contraire expresse à l'application de cet alinéa.

Réponse de l'ARC

La détermination du dividende réputé versé par une société lors de l'achat ou du rachat d'actions de son capital-actions détenues par une personne et du dividende réputé reçu par l'actionnaire en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. doit être effectuée sans tenir compte du produit de disposition réputé reçu prévu à l'alinéa 69(1)b) L.I.R. La présomption prévue à l'alinéa 69(1)b) L.I.R. ne s'applique qu'à l'égard de la personne qui dispose d'un bien. Le calcul d'un dividende réputé au paragraphe 84(3) L.I.R. est effectué en utilisant la somme payée par la société qui achète ou rachète des actions de son capital-actions. La somme payée aux fins du paragraphe 84(3) L.I.R. n'est pas modifiée par l'alinéa 69(1)b) L.I.R.

Il est à noter que la question ci-dessus vise à obtenir notre opinion relativement à l'interaction du paragraphe 84(3) L.I.R. et de l'alinéa 69(1)b) L.I.R., et que nos commentaires se limitent à cet aspect de la question.

2.6. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS

Une société transfère par voie de roulement un actif amortissable en faveur de sa filiale en se prévalant des règles de roulement prévues au paragraphe 85(1) L.I.R. Le coût en capital et la fraction non amortie du coût en capital (FNACC) du bien cédé pour le vendeur sont de 50 000 \$ et la valeur marchande est de 150 000 \$. La somme convenue est de 50 000 \$. En contrepartie, l'acquéreur émet un billet de 50 000 \$ et des actions privilégiées ayant une valeur de rachat de 100 000 \$. Les documents juridiques prévoient que le capital déclaré des actions privilégiées est de 100 000 \$, soit la valeur de la contrepartie reçue en échange. Le paragraphe 85(2.1) L.I.R. s'applique pour réduire le capital versé à zéro.

Plus tard, la société emprunte 100 000 \$ portant intérêt auprès d'une institution financière dans le but de racheter les actions privilégiées.

Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-533²¹, l'ARC précise que « [...] si l'argent emprunté remplace le capital [...] qui a été utilisé à des fins qui

²¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 30 octobre 2003, par. 23.

auraient été admissibles en vue de la déductibilité des intérêts [...] », les intérêts sur cet emprunt seront déductibles. L'ARC ajoute que, même si « [...] dans la plupart des cas, le capital légal ou le capital déclaré tel qu'établi selon la législation concernant les sociétés constitue la meilleure mesure du capital contribué à cette fin, d'autres mesures pourraient s'avérer plus appropriées selon les circonstances ».

- a) Ainsi, dans l'exemple présenté ci-dessus, l'ARC peut-elle nous confirmer que le capital déclaré légal de 100 000 \$ constitue une bonne mesure du capital contribué aux fins de la déduction des intérêts?
- b) De plus, pourrait-elle nous préciser dans quelles circonstances d'autres mesures pourraient s'avérer plus appropriées?
- c) Finalement l'ARC est-elle d'avis que la politique énoncée au paragraphe 23 du *Bulletin d'interprétation* IT-533, où elle fait mention que d'autres mesures pourraient être appropriées, ne vise pas à restreindre la déduction des intérêts mais bien à permettre un plus grand nombre de situations où les critères de déduction pourront être respectés?

Réponse de l'ARC

Dans l'affaire *Bronfman Trust c. La Reine*²², le tribunal a déclaré que « [...] le texte de la *Loi* exige que les fonds empruntés aient été affectés à une utilisation admissible précise [...] » et qu'« i[T]l incombe au contribuable d'établir que les fonds empruntés ont été utilisés à une fin identifiable ouvrant droit à la déduction ». Dans l'affaire *Shell Canada Ltd. c. La Reine*²³, le tribunal a décrit le critère en affirmant que : « s[S]i un lien direct peut être établi entre l'argent emprunté et une utilisation admissible [...] », alors l'argent a été utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Par conséquent, le critère applicable est l'utilisation directe de l'argent emprunté. Toutefois, dans certains cas, les tribunaux ont déclaré que l'utilisation indirecte serait acceptée, mais seulement à titre d'exception au critère d'utilisation directe.

L'argent emprunté pour racheter des actions ou rembourser le capital peut constituer une exception en ce qui a trait au critère d'utilisation directe. En pareil cas, le critère de la fin est respecté si l'argent emprunté remplace le

²² [1987] 1 C.T.C. 117, 87 D.T.C. 5059 (C.S.C.).

²³ [1999] 4 C.T.C. 313, 99 D.T.C. 5669 (C.S.C.) (ci-après « *Shell Canada* »).

capital (le capital contribué ou les bénéfices accumulés) qui a été utilisé à des fins qui auraient été admissibles en vue de la déductibilité des intérêts si le capital avait été emprunté (fins admissibles). En fait, les tribunaux ont considéré que dans ces situations l'argent emprunté sert à combler le vide laissé par le capital remis aux actionnaires. Cette notion est reproduite au paragraphe 23 du *Bulletin d'interprétation* IT-533.

Compte tenu de la diversité des transactions, des lois corporatives applicables et des nombreuses règles comptables, il est impossible d'établir une méthode unique pour mesurer le capital contribué. Aux fins de l'alinéa 20(1)c) L.I.R., il faut établir le capital de manière à déterminer si l'argent emprunté a réellement comblé un vide.

Conformément au concept du vide à combler, le capital contribué désigne généralement les fonds fournis par les actionnaires pour commencer une entreprise ou pour poursuivre l'exploitation de celle-ci. Bien que, dans la plupart des cas, le capital légal ou le capital déclaré tel qu'il est établi selon la législation concernant les sociétés constitue la meilleure mesure du capital contribué à cette fin, d'autres mesures pourraient s'avérer plus appropriées selon les circonstances.

Dans la situation décrite, l'ARC va examiner, entre autres, la méthode de comptabilisation des transactions par voie de roulement pour établir si l'argent emprunté vient renflouer du capital que l'emprunteur a antérieurement utilisé à des fins admissibles. Ceci est une question de fait qui ne peut être résolue qu'après une analyse complète des faits entourant une situation particulière.

La position énoncée au paragraphe 23 du *Bulletin d'interprétation* IT-533 pourrait ne pas s'appliquer lorsqu'une série de transactions a pour but d'augmenter le montant qu'un groupe de sociétés peut emprunter pour remettre du capital aux actionnaires en comparaison du montant qui aurait pu être emprunté avant la série de transactions.

2.7. ALINÉA 20(1)E) L.I.R. – DÉPENSES ENGAGÉES DANS LE CADRE D'UNE ÉMISSION D' ACTIONS

Pour qu'une dépense soit engagée dans le cadre d'une émission d'actions et soit déductible en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(i) L.I.R., l'ARC a

indiqué dans une interprétation technique²⁴ que la dépense doit se rapporter entièrement (*wholly applicable*) à l'émission d'actions à cause du préambule du paragraphe 20(1) L.I.R.

Dans cette interprétation technique, il s'agissait de déterminer si des frais engagés par une société acquéreur envers une banque d'investissement étaient déductibles en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(i) L.I.R. La situation particulière visait une acquisition d'entreprise dans le cadre de laquelle la société acquéreur acquiert les actions d'une société cible en échange d'une émission d'actions de son capital-actions aux actionnaires de la société cible.

Nous ne partageons pas l'interprétation de l'ARC. À notre avis, il n'est pas nécessaire que la dépense se rapporte entièrement à l'émission des actions; il suffit qu'elle soit engagée dans le cadre de l'émission des actions.

L'ARC peut-elle confirmer si la position exprimée dans l'interprétation technique est toujours valable ou si elle est en accord avec l'interprétation offerte ci-dessus?

Réponse de l'ARC

La question de savoir si des frais payables à une banque d'investissement sont déductibles en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(i) L.I.R. est une question de fait qui ne peut être déterminée qu'après avoir fait l'objet d'un examen des documents pertinents et de tous les faits entourant une situation particulière.

Comme nous l'avons indiqué dans l'interprétation technique E2002-0150835, nous considérons que les frais payables à des banques d'investissement sont normalement engagés dans le cadre d'une acquisition d'entreprise (*take-over*) concernant une acquisition de biens et doivent être ajoutés au coût des actions acquises par l'acquéreur. Par conséquent, en général, ce genre de dépenses n'est pas déductible en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(i) L.I.R.

2.8. REMBOURSEMENT DES FRAIS DE FINANCEMENT

Le sous-alinéa 20(1)e)(ii) L.I.R. prévoit une déduction pour les frais engagés dans le cadre d'un emprunt d'argent utilisé par un contribuable dans

²⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique E2002-0150835, 4 mars 2003.

le but de gagner un revenu d'entreprise ou de bien. Il arrive fréquemment dans un groupe de sociétés liées qu'une entité (ci-après « l'emprunteur ») emprunte l'argent d'un prêteur non lié et engage les frais relatifs à l'emprunt pour le compte de l'ensemble des sociétés du groupe. L'emprunteur peut ensuite prêter des sommes à des entités du groupe (ci-après « les entités liées »).

L'ARC peut-elle confirmer que dans le cas où les entités liées remboursent à l'emprunteur les frais de financement engagés par l'emprunteur, les entités liées peuvent réclamer une déduction à l'égard du remboursement en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(ii) L.I.R., pourvu que les entités liées utilisent les sommes empruntées dans le but de gagner un revenu d'une entreprise ou d'un bien et que les autres conditions prévues par l'alinéa 20(1)e) L.I.R. soient respectées? Si la réponse est négative, quel est le traitement fiscal approprié relativement au remboursement?

De plus, l'ARC peut-elle confirmer que l'emprunteur n'est pas tenu d'inclure le remboursement dans le calcul de son revenu pourvu qu'il ne réclame pas une déduction en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(ii) L.I.R. à l'égard des sommes remboursées par les entités liées. Alternativement, si l'emprunteur est tenu d'inclure le remboursement dans le calcul du revenu en vertu de l'alinéa 12(1)x) L.I.R., peut-il réduire le montant inclus au revenu en faisant le choix prévu au paragraphe 12(2.2) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

En général, les frais engagés par un contribuable dans le cadre d'un emprunt d'argent qu'il utilise en vue de tirer un revenu d'entreprise ou de bien sont des dépenses en capital non déductibles en vertu de l'alinéa 18(1)b) L.I.R. Toutefois, ces frais peuvent être déductibles en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(ii) L.I.R. La question de savoir si les sommes remboursées sont déductibles en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(ii) L.I.R. est une question de fait qui ne peut être déterminée qu'après avoir fait l'objet d'un examen des documents pertinents et de tous les faits entourant une situation particulière.

Le sous-alinéa 20(1)e)(ii) L.I.R. requiert que les frais aient été engagés dans le cadre d'un emprunt d'argent. Une dépense est engagée dans le cadre d'un emprunt si elle est relative au, résulte du ou est imputable au mode d'exécution ou à ce qui doit être fait pour réaliser l'emprunt. Par ailleurs, c'est le contribuable qui emprunte l'argent qui peut déduire une dépense en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(ii) L.I.R.

Par exemple, si les frais sont engagés par l'emprunteur à titre de mandataire pour les entités liées à l'égard d'argent emprunté par celles-ci, l'emprunteur ne peut pas déduire les frais en question en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(ii) L.I.R. Toutefois, les entités liées pourraient déduire ces frais pourvu qu'elles les remboursent et qu'ils soient raisonnables dans les circonstances.

Cependant, si l'emprunteur a engagé les frais de financement à l'égard des emprunts d'argent en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien, il peut déduire ces frais en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(ii) L.I.R. si toutes les conditions sont respectées. Dans un tel cas, les entités liées peuvent déduire les sommes remboursées à l'emprunteur en vertu du sous-alinéa 20(1)e)(ii) L.I.R. s'il s'agit de frais engagés dans le cadre d'un emprunt d'argent.

L'alinéa 12(1)x) L.I.R. prescrit qu'un contribuable doit inclure entre autres, dans le calcul de son revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien, un montant (à l'exclusion d'un montant prescrit) reçu par lui au cours de l'année pendant qu'il tirait un revenu d'une entreprise ou d'un bien, d'une personne qui paie le montant en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien, s'il est raisonnable de considérer le montant reçu à titre de remboursement d'une dépense engagée ou effectuée. Cette disposition s'applique dans la mesure où, entre autres, le montant en question n'a pas déjà été inclus dans le calcul du revenu du contribuable ou qu'il ne vient pas réduire le montant d'une dépense (sauf une dépense relative au coût d'un bien pour le contribuable) en application du paragraphe 12(2.2) L.I.R.

Le fait que le montant de la dépense soit ou non déductible par l'application des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'a aucun impact sur l'application des dispositions de l'alinéa 12(1)x) L.I.R.

Nous sommes d'avis que les montants reçus par l'emprunteur, à titre de remboursement des frais de financement qu'il a engagés dans le cadre d'emprunts contractés, pendant qu'il tirait un revenu d'une entreprise ou d'un bien, pourraient selon le cas être inclus dans le revenu en vertu de l'alinéa 12(1)x) L.I.R.

3. FUSION ET LIQUIDATION

3.1. PRÉSUMPTION DE RÈGLEMENT DE DETTE EN CAS DE LIQUIDATION

En vertu du paragraphe 80.01(4) L.I.R., lorsqu'une filiale fait l'objet d'une liquidation selon les règles énoncées au paragraphe 88(1) L.I.R. et

qu'il existe des sommes dues entre les deux sociétés qui sont réglées sans qu'aucun paiement ne soit effectué, les règles sur règlement de dettes pourraient alors s'appliquer. Pour éviter toute conséquence fiscale non désirée, la société mère peut faire le choix prévu au paragraphe 80.01(4) L.I.R. au plus tard le jour où elle est tenue de produire une déclaration de revenus conformément à l'article 150 L.I.R. Le montant payé à ce moment en règlement du principal de la dette est réputé égal au montant qui aurait représenté le coût indiqué de cette dette.

En considérant que l'objectif des règles fiscales en cas de liquidation est de permettre que soient regroupées les activités des sociétés sans conséquence fiscale, le ministère des Finances peut-il nous préciser certains éléments concernant les choix fiscaux, à savoir :

- Puisque aucune planification rétroactive ne peut être effectuée dans un tel cas, pourquoi la législation impose-t-elle un délai afin que le choix prévu au paragraphe 80.01(4) L.I.R. soit valide?
- Le Ministère est-il d'avis qu'en vertu de la législation actuelle, tout choix tardif effectué en vertu de paragraphe 80.01(4) L.I.R. devrait être accepté automatiquement par les représentants de l'ARC?
- Si le Ministère est d'avis qu'un choix tardif ne devrait pas être accepté automatiquement par les représentants de l'ARC, quel objectif veut-il atteindre en légiférant de façon à ce qu'un impact fiscal important puisse survenir lors d'une liquidation?
- Si l'existence d'un délai est important pour le législateur, pourquoi n'introduit-il pas une mesure prévoyant l'application d'une pénalité en cas de choix tardif effectué en vertu du paragraphe 80.01(4) L.I.R. comme c'est le cas pour d'autres choix (par exemple, les pénalités prévues au paragraphe 85(7) L.I.R.)?
- De façon plus générale, pourquoi ne pas permettre que tous les choix prévus dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* puissent être produits 90 jours après la réception d'un avis de cotisation ou de nouvelle cotisation?

Réponse du ministère des Finances

L'imposition d'un délai pour faire le choix prévu au paragraphe 80.01(4) L.I.R. est justifiée du point de vue de la politique de l'impôt. Le choix permet notamment de déterminer en temps opportun les conséquences fiscales du règlement pour la société mère comme pour la filiale, qui

n'existera plus après sa liquidation. Même s'il est supposé dans la question qu'aucune planification fiscale rétroactive ne peut être effectuée dans le contexte du paragraphe 80.01(4) L.I.R., cela ne semble pas exact : par exemple, la filiale qui a des pertes antérieures inutilisées peut choisir avec sa société mère de ne pas faire le choix en question (de façon à ce que l'article 80 L.I.R. s'applique à ces pertes, et pour donner à sa société mère une perte en capital sur la dette), mais ensuite découvrir qu'elle aurait dû constater un revenu additionnel (et le faire de manière à éviter l'effet de l'article 80 L.I.R. sur ses pertes).

L'administration de l'impôt constitue toutefois une préoccupation plus importante. Les résultats fiscaux pour la société mère et sa filiale, pour leurs années d'imposition au cours desquelles la dette ou l'obligation est réglée, peuvent différer selon que la société mère a produit le choix prévu à l'alinéa 80.01(4)c) L.I.R. pour que la dette ou l'obligation soit réputée avoir été réglée au coût indiqué. Il est important que ces conséquences fiscales soient établies de façon définitive pour l'année d'imposition de la société mère et de la filiale au cours de laquelle le règlement est survenu. Le délai précisé pour produire le choix est raisonnable compte tenu de cet objectif.

Les dispositions du paragraphe 220(3.2) L.I.R. et de l'article 600 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*²⁵ établissent une procédure selon laquelle le choix prévu à l'alinéa 80.01(4)c) L.I.R. peut être fait après l'expiration du délai imparti. Cette possibilité de production tardive donne aux contribuables la marge de manœuvre nécessaire, tout en favorisant l'observation et l'administration opportunes de l'impôt. L'ARC a pour mandat d'appliquer le paragraphe 220(3.2) L.I.R. quand il est justifié de le faire.

3.2. PAIEMENT DES RETENUES À LA SOURCE ET PRODUCTION DES FORMULAIRES T4 LORS DE LA LIQUIDATION D'UNE FILIALE

Une filiale en propriété exclusive est liquidée dans sa société mère. Les activités des deux sociétés sont alors regroupées et les employés de la filiale deviennent ceux de la société mère. Jusqu'en 2003, un tel regroupement pouvait entraîner un problème de double paiement des primes d'assurance emploi par les employés et par les deux sociétés (filiale et la société mère qui devient le nouvel employeur) pour les mêmes employés.

²⁵ C.R.C. 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

Dans le cadre de la Table ronde sur la fiscalité fédérale de l'APFF de 1999²⁶, le ministère des Finances avait indiqué que ce problème de double paiement était sous étude. Nous comprenons que cette étude a donné lieu à une modification récente à la *Loi sur l'assurance emploi*²⁷ au moyen de l'article 27 du Projet de Loi C-30, sanctionné le 14 mai 2004.

Par contre, une filiale pourrait avoir à remplir un Formulaire T4 Sommaire et les feuillets T4 connexes et envoyer le tout dans les 30 jours suivant sa liquidation en raison du paragraphe 205(2) R.I.R. De plus, la filiale pourrait avoir à faire parvenir toutes les retenues à la source (retenues de cotisations au Régime de pensions du Canada (ci-après « RPC »), à l'assurance emploi (ci-après « AE ») et les retenues d'impôt sur le revenu) à son centre fiscal dans les sept jours suivant la liquidation en raison du paragraphe 108(2) R.I.R.

Est-ce que le ministère des Finances entend proposer des modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou au *Règlement de l'impôt sur le revenu* de façon à permettre que les formulaires et feuillets T4 n'aient pas à être produits par la filiale en cas de liquidation et que les retenues à la source n'aient pas à être remises avant la date où le paiement était dû par ailleurs?

Réponse du ministère des Finances

Les modifications récemment apportées au RPC et à la *Loi sur l'assurance emploi* ont été conçues pour éviter aux sociétés une multiplication des seuils de cotisation au RPC et à l'AE lors de la liquidation des activités d'une filiale dans la société mère. Ces modifications n'ont pas été apportées par souci de commodité administrative, mais visaient plutôt principalement à régler le problème du dédoublement des cotisations versées au RPC et à l'AE. Le problème ne se présente pas avec les périodes raccourcies de versement des retenues à la source non payées et avec la production des feuillets T4 au moment où les activités d'une société prennent fin. Ces périodes raccourcies réduisent le risque pour l'État que ces fonds en fiducie ne soient pas avancés. Nous savons qu'il pourrait arriver qu'une société mère continue d'exercer les activités d'une filiale, ce qui peut réduire le risque de perte des fonds en fiducie. Cependant, le fait de relâcher les exigences actuelles pour satisfaire des sociétés solvables pourrait

²⁶ « Table ronde sur la fiscalité fédérale » dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 46:25-60, question 2.9, aux pages 46:38-40.

²⁷ L.R.C. 1996, c. 23.

permettre à des sociétés insolvables de retarder le paiement et la déclaration. Néanmoins, nous étudierons cette question dans le contexte des consultations continues avec l'ARC au sujet des questions techniques touchant l'application des règles de l'impôt sur le revenu.

3.3. MOMENT DE LA FUSION

Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-474R²⁸, l'ARC mentionne que le moment de la fusion de sociétés a lieu au premier instant de la journée de la date indiquée sur le certificat de fusion à moins qu'un temps particulier ne soit précisé sur le certificat de fusion auquel cas la fusion aurait lieu à cette heure précise de la journée.

Supposons qu'une fusion de deux sociétés ait lieu le 1^{er} mars, et que des transactions (par exemple : roulement, rachat d'actions, remboursement de capital versé, etc.) soient réalisées par une des sociétés qui fusionnent le jour de la fusion mais, selon les documents légaux supportant les transactions, avant le moment de la fusion. En tenant pour acquis que ces transactions soient valides sur le plan juridique et que le certificat de fusion n'indique pas de moment particulier pour la fusion, l'ARC accepte-t-elle que la fusion soit réputée avoir lieu à un moment autre que le début de la journée du 1^{er} mars?

Ainsi, la société qui fusionne ayant effectué des transactions le 1^{er} mars pourra-t-elle les comptabiliser dans ses propres livres ou est-ce la société issue de la fusion qui devra en faire état? En d'autres termes, si les documents juridiques prévoient un ordre de réalisation des événements mais que le certificat de fusion n'indique pas le moment de la fusion, est-ce que l'ARC acceptera que le moment de la fusion ait lieu à un autre temps que le premier instant de la journée?

Réponse de l'ARC

La position énoncée au paragraphe 9 du *Bulletin d'interprétation* IT-474R est celle qui s'applique généralement lors de la fusion de sociétés.

Cependant, la position de l'ARC est que, lorsqu'il y a fusion de sociétés dans le cadre d'un arrangement prévoyant une série d'opérations effectuées la même journée que la fusion et que les statuts de fusion ne mentionnent pas l'heure de la fusion, le moment de la fusion est celui prévu dans

²⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-474R, « Fusion de corporations canadiennes », 14 mars 1986, par. 9.

l'arrangement dans la mesure où la série d'opérations se déroule dans un ordre logique.

L'alinéa 87(2)a) L.I.R. prévoit que l'année d'imposition d'une société remplacée, qui se serait terminée après la fusion, est réputée s'être terminée immédiatement avant la fusion. Nous sommes donc d'avis que dans la situation présentée, la société remplacée qui aurait effectué des transactions le 1^{er} mars, avant le moment de la fusion, devrait les comptabiliser dans son année d'imposition réputée s'être terminée immédiatement avant la fusion.

3.4. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS À LA SUITE D'UNE FUSION OU D'UNE LIQUIDATION

Un individu, M. X, détient comme investissement une créance portant intérêt dans Opco dont il possède 100 % des actions ordinaires. Un acheteur désire faire l'acquisition de Opco et incorpore Nouco pour acquérir les actions ordinaires et la créance détenues par M. X. Pour ce faire, Nouco emprunte d'une institution financière les fonds nécessaires pour faire cette acquisition. Par la suite, Nouco et Opco sont fusionnées ou alternativement, Opco est liquidée dans Nouco.

Dans un bulletin d'interprétation, l'ARC énonce sa position sur le retraçage ou le lien de l'argent emprunté dans le cas d'une acquisition suivie d'une fusion ou liquidation :

« 21. Les actions d'une autre société peuvent être acquises au moyen d'argent emprunté. L'autre société peut, par la suite, être fusionnée avec la société ayant emprunté l'argent pour faire l'acquisition des actions ou être liquidée au profit de cette société. Selon le processus du retraçage/lien, il est facile d'établir un lien en rapport avec l'utilisation actuelle de l'argent emprunté entre les actions acquises initialement (et qui ont été annulées) et les biens détenus antérieurement par la société acquise qui a été fusionnée ou liquidée (et qui appartiennent maintenant à la société continuant les activités). Il n'est pas nécessaire que les entités n'aient aucun lien de dépendance pour établir un tel retraçage/lien²⁹. »

L'ARC peut-elle confirmer que cette position s'appliquerait également à la situation énoncée ci-dessus lorsque l'argent emprunté par Nouco est utilisé pour acquérir la créance en plus des actions de Opco?

²⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 21, par. 21.

Réponse de l'ARC

Dans la situation exposée ci-dessus, l'argent emprunté par Nouco est initialement utilisé pour acquérir les actions ordinaires de Opco et la créance détenues par M. X. Généralement, les intérêts sur l'argent emprunté pour acquérir ces placements (un instrument productif d'intérêts ou des actions ordinaires) seraient déductibles, conformément à notre position énoncée dans le bulletin d'interprétation³⁰, en l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération et en supposant que tous les autres critères de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. sont respectés. Par suite de la fusion ou de la liquidation, la position énoncée au paragraphe 21 sera applicable de sorte qu'un lien doit être établi relativement à l'utilisation actuelle de l'argent emprunté, entre les actions et la créance acquises initialement (et qui ont disparu) et les biens détenus antérieurement par Opco et qui appartiennent maintenant à la société fusionnée ou Nouco, selon le cas.

4. RÉMUNÉRATION

4.1. OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS ET RETENUES À LA SOURCE

Une société publique octroie une option d'achat d'actions à un employé qui est un résident du Canada. L'employé effectue le choix lui permettant de reporter l'imposition de l'avantage résultant de la levée de l'option jusqu'à ce qu'il dispose des titres (par. 7(8) L.I.R.). Le particulier quitte le Canada et vend ses actions alors qu'il est un non-résident du Canada aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Pour satisfaire aux exigences de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la société doit émettre un feuillet T4 indiquant le montant de l'avantage pour l'année au cours de laquelle le particulier a disposé des actions.

L'ARC peut-elle confirmer que la société n'est pas tenue d'effectuer des déductions à la source relativement à l'avantage accordé au particulier compte tenu qu'elle ne verse aucune somme d'argent à celui-ci? De plus, dans la mesure où le particulier n'est pas un initié, la société ne sera pas informée de la disposition des actions par ce dernier. Comment la société peut-elle remplir ses obligations relativement à la production du feuillet T4?

³⁰ *Id.*, par. 31.

Réponse de l'ARC

Le paragraphe 7(15) L.I.R. contient une règle ayant pour effet d'exempter les employeurs de l'obligation de retenue et de remise à l'égard des avantages relatifs à l'emploi que leurs employés sont réputés, par l'application de l'alinéa 7(1)a) L.I.R., avoir reçus au cours d'une année d'imposition en raison du paragraphe 7(8) L.I.R.

Le paragraphe 200(5) R.I.R. prévoit qu'une déclaration de renseignements faisant état du montant différé doit être présentée au ministre du Revenu national pour l'année où l'employé acquiert un titre faisant l'objet du report d'impôts prévu au paragraphe 7(8) L.I.R. La déclaration de renseignements doit être produite sur un formulaire prescrit, soit le feuillet T4. Le montant différé doit y figurer dans une case distincte. L'employeur n'est pas tenu de remplir une déclaration de renseignements à l'égard de l'avantage relatif à l'emploi constaté lors de la disposition du titre.

En vertu de l'alinéa 128.1(4)b) L.I.R., un contribuable qui cesse d'être un résident du Canada est réputé avoir disposé de ses titres, ayant fait l'objet d'un choix en vertu du paragraphe 7(10) L.I.R., pour un produit égal à leur JVM. Il revient à l'employé d'inclure, en vertu de l'alinéa 7(1)a) L.I.R., le montant différé dans le calcul de son revenu d'emploi au Canada lors de la production de sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition de la disposition réputée des titres. L'employé doit alors remplir le Formulaire T1212 portant le titre *État des reports des avantages liés aux options d'achat de titre* et le joindre à sa déclaration de revenus en question.

4.2. OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS CONFÉRÉES À UN CONSULTANT

L'article 7 L.I.R. prévoit un ensemble relativement complet de règles à l'égard des conséquences fiscales entraînées par des options d'achat d'actions conférées à un employé. Ces règles ne sont cependant pas applicables à un consultant (entrepreneur indépendant) relativement aux options d'achat d'actions qu'il pourrait obtenir d'une société lui conférant des contrats de services. Or, on constate une tendance depuis plusieurs années selon laquelle plusieurs travailleurs ont le statut de travailleur autonome.

Dans le cas d'options d'achat d'actions octroyées à un consultant en contrepartie de services à rendre, l'ARC peut-elle clarifier sa position? Dans quelles circonstances l'ARC considérera-t-elle que la différence entre la JVM des actions et le prix d'exercice est une contrepartie versée à l'égard

des services rendus? À quel moment cette contrepartie sera-t-elle réputée reçue par le consultant?

L'ARC est-elle d'accord qu'il suffirait que le consultant soit aussi un administrateur ou un employé à temps partiel de la société pour qu'il puisse bénéficier des dispositions de l'article 7 L.I.R.? Quels sont les critères retenus par l'ARC pour déterminer si l'avantage accordé est reçu dans l'occupation ou en vertu de l'emploi aux fins du paragraphe 7(5) L.I.R.?

Le ministère des Finances est-il d'accord avec l'interprétation de l'ARC? Qu'est-ce qui justifie une différence de traitement fiscal aussi importante entre les deux statuts (employé/consultant) d'un point de vue de politique fiscale? A-t-on déjà envisagé d'étendre l'application des règles de l'article 7 L.I.R. aux consultants?

Réponse de l'ARC

Lorsqu'une option d'achat d'actions est accordée à un consultant comme paiement pour les services qu'il a rendus, la JVM de l'option à la date de l'octroi moins le montant payé pour acquérir l'option doit généralement être ajoutée dans le revenu d'entreprise du consultant en vertu du paragraphe 9(1) L.I.R. La détermination de la JVM de l'option est une question de fait.

Lors de l'exercice de l'option, le consultant peut réaliser une plus-value qui correspond généralement à l'excédent de la JVM des actions acquises à la date d'exercice de l'option sur le prix d'exercice de l'option, le prix payé pour acquérir l'option et le montant imposé à la date de l'octroi de l'option.

La question de savoir si cette plus-value constitue un revenu d'entreprise ou un gain en capital est une question de fait qui ne peut être résolue qu'après une analyse complète des faits entourant une situation particulière.

Si les faits indiquent que la plus-value constitue une partie de la contrepartie que le consultant a reçue pour ses services, l'ARC est d'avis que la plus-value doit être traitée comme un revenu d'entreprise aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Si l'option est une immobilisation du consultant, le PBR de l'option doit être ajouté au coût des actions acquises comme immobilisations. Le PBR de l'option comprend l'avantage inclus dans le revenu au moment de l'octroi de l'option et le montant payé pour acquérir l'option. Lors de la disposition des actions, le consultant peut réaliser un gain ou une perte en capital.

La question de savoir si une option est un avantage accordé à un contribuable au titre, dans l'occupation ou en vertu d'un emploi est une question de fait. Il ne suffit pas que le consultant soit aussi un administrateur ou un employé à temps partiel de la société pour qu'il puisse bénéficier des dispositions de l'article 7 L.I.R. L'avantage doit lui être accordé au titre, dans l'occupation ou en vertu de son emploi et non pas en tant que consultant.

Réponse du ministère des Finances

D'un point de vue de politique fiscale, nous considérons qu'il est approprié que des options d'achat d'actions octroyées à un consultant (travailleur autonome) en compensation de services rendus soient traitées comme du revenu d'entreprise. La question du moment de l'imposition et de la détermination du montant devant être inclus est une question de fait.

Le traitement fiscal des employés et celui des consultants sont différents dans plusieurs sphères de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et il en est de même pour le traitement des options d'achats d'actions fournies en contrepartie de services rendus. La différence de traitement entre l'employé et le consultant qui reçoit de telles options se justifie par la différence de la relation qu'une entreprise a vis-à-vis ses employés et celle qu'elle a vis-à-vis les consultants avec qui elle fait affaire. L'octroi d'options d'achat d'actions augmente généralement le sentiment d'appartenance de l'employé envers son employeur, ce qui devrait contribuer à augmenter la productivité de l'employé et celle de l'entreprise. C'est pourquoi ces initiatives de l'employeur sont encouragées par des mesures fiscales pouvant, dans certains cas, retarder le moment d'imposition et/ou diminuer le montant imposable.

Nous ne croyons pas que la relation compagnie-consultant ait besoin d'un incitatif de ce genre. L'octroi d'options à un consultant ne génère pas les effets bénéfiques que l'entreprise peut habituellement observer lorsqu'elle octroie ses options à ses employés. Pour ces raisons, nous n'envisageons pas de modifier l'article 7 L.I.R. afin d'en étendre l'application aux consultants.

4.3. AUGMENTATION DU CAPITAL VERSÉ LORS DE L'ÉMISSION D' ACTIONS À DES EMPLOYÉS

Une société doit en principe augmenter son capital déclaré (par. 26(2) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*³¹) ou son compte de capital-actions émis et payé (art. 123.48 de la *Loi sur les compagnies*³²) d'une catégorie d'actions dont certaines actions sont émises en échange de biens ou de services, d'un montant équivalent à la valeur de ces biens ou services. L'augmentation du capital déclaré ou du compte de capital-actions émis et payé se reflétera entièrement au niveau du capital versé de cette catégorie d'actions en vertu du paragraphe 89(1) L.I.R. à moins qu'une disposition spécifique de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne réduise l'ajout au capital versé.

L'ARC est-elle d'accord qu'une société émettant des actions de son capital-actions à un de ses employés doit ajouter à son capital déclaré ou à son compte de capital-actions émis et payé une somme égale à la valeur des services reçus de l'employé par la société?

L'ARC est-elle d'accord que le même principe s'applique lorsque les actions sont émises à la suite de l'exercice par un employé d'options d'achat d'actions du trésor (c'est-à-dire que l'ajout au capital déclaré ou à son compte de capital-actions émis et payé ne se limite pas nécessairement au montant en argent payé pour la souscription)?

L'ARC est-elle d'accord qu'aucune disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne réduit le capital versé de telles actions, dans de telles circonstances?

Réponse de l'ARC

Vos deux premières questions se rapportent essentiellement à l'interprétation et l'application du droit corporatif applicable. Nous ne pouvons pas donner de réponses précises à ces questions sans consulter des spécialistes dans ce domaine, ce que nous ne pouvons faire dans le cadre d'une Table ronde. Mais nous pourrions prendre position à cet égard, dans une situation donnée, dans le cadre d'une demande de décisions anticipées.

³¹ L.R.C. (1985), c. C-44 et mod.

³² L.R.Q., c. C-38.

De plus, il nous semble qu'il faudrait connaître les termes d'un régime de rémunération à base d'actions et tous les autres faits pertinents avant de déterminer le traitement adéquat selon le droit corporatif applicable. Par exemple, il nous semble que dans le cas de l'émission d'actions avec valeur nominale dans le cadre d'un régime d'actionnariat d'une compagnie régie par la *Loi sur les compagnies*, le montant ajouté au compte de capital-actions émis et payé des actions ne correspondrait pas nécessairement à la valeur des services rendus. Il nous semble également que des options d'achat d'actions peuvent ne pas avoir été émises à des employés, nécessairement en considération de services rendus, dans tous les cas.

Par ailleurs, dans une situation donnée où des actions seraient émises à des employés par une société émettrice, une fois que le capital déclaré ou le compte de capital-actions émis et payé de la société est valablement établi en fonction du droit corporatif applicable, nous sommes d'accord avec vous qu'il n'y a pas de disposition dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* ayant spécifiquement pour objet de réduire le « capital versé » (au sens de la définition prévue au paragraphe 89(1) L.I.R.) des actions du capital-actions de la société dans de telles circonstances.

4.4. RÉMUNÉRATION D'UN EMPLOYÉ

Un employeur verse une somme d'argent à un ex-employé dans le but d'acquérir sa liste de clients et de faire en sorte que l'ex-employé ne lui fasse pas concurrence dans un territoire donné et pour une période définie. L'ARC est-elle d'avis que la somme d'argent versée constitue une rémunération reliée à l'emploi?

Réponse de l'ARC

De façon générale, un montant payé pour une liste de clients et pour un engagement de non-concurrence constitue une dépense en capital pour l'acheteur puisque cette dépense lui procure un avantage durable. Ceci a d'ailleurs été confirmé récemment par la cause *Thomas Gifford c. La Reine*³³. Lorsque cette dépense est engagée ou effectuée en vue de tirer un revenu d'une entreprise, cette dépense en capital peut se qualifier à titre de « dépense en capital admissible » selon la définition de ce terme au paragraphe 14(5) L.I.R. à l'égard de laquelle une déduction peut être réclamée en vertu de l'alinéa 20(1)b) L.I.R.

³³ 2004 D.T.C. 6129 (C.S.C.).

(Il est à noter que, selon le nouveau paragraphe 56.4(4) L.I.R. proposé dans le cadre des *Propositions législatives et avant-projets de règlement concernant l'impôt sur le revenu* publiés par le ministère des Finances le 27 février 2004, les implications pour l'acheteur pourraient être différentes. En effet, le paragraphe 56.4(4) L.I.R. proposé prévoit que pour le calcul du revenu de l'acheteur, la somme payée ou payable par celui-ci relativement à un engagement de non-concurrence qui est à inclure dans le calcul du revenu d'un de ses employés par l'effet des articles 5 ou 6 L.I.R. est considérée comme un salaire versé ou à verser à l'employé par l'acheteur. De façon générale, ce nouveau paragraphe serait applicable aux sommes reçues ou à recevoir par un contribuable après le 7 octobre 2003.)

Habituellement, une somme reçue par un ex-employé de son employeur pour une liste de clients et pour un engagement de non-concurrence sera réputée être une rémunération en vertu du paragraphe 6(3) L.I.R. En effet, le paragraphe 6(3) L.I.R. prévoit qu'une somme reçue d'une autre personne, entre autres, en paiement d'une obligation découlant d'une convention intervenue entre le payeur et le bénéficiaire immédiatement avant, pendant ou immédiatement après une période où ce bénéficiaire était un employé du payeur est réputée être, pour l'application de l'article 5 L.I.R., une rémunération pour services rendus pendant la période d'emploi du bénéficiaire s'il est raisonnable de considérer que cette somme a été reçue selon l'alinéa c), à titre de contrepartie de l'acceptation de la charge, selon l'alinéa d), à titre de rémunération conformément au contrat d'emploi ou selon l'alinéa e), à titre de contrepartie totale ou partielle d'un engagement prévoyant ce que l'employé doit faire ou ne peut pas faire, avant ou après la cessation de l'emploi.

Dans la présente situation, nous sommes d'avis que la somme reçue par l'ex-employé pour ne pas concurrencer son ancien employeur serait imposable en vertu de l'alinéa 6(3)e) L.I.R. Concernant la somme reçue pour la liste de clients, nous croyons que même si, dans certains cas particuliers, un montant reçu pour une liste de clients peut représenter le produit de disposition à l'égard de la disposition d'un bien pouvant générer un gain, une somme reçue pour une liste de clients par un employé ou un ex-employé est habituellement réputée être une rémunération en vertu de l'alinéa 6(3)d) L.I.R. En effet, la jurisprudence à l'égard de sommes reçues par un employé de son employeur ou ex-employeur dans de telles situations favorise l'application du paragraphe 6(3) L.I.R. puisque l'analyse des faits relatifs à une situation particulière démontre qu'il est raisonnable de considérer ces sommes comme ayant été reçues à titre de rémunération des

services rendus. Vous pouvez consulter à cet effet les affaires *Markin c. La Reine*³⁴, *Brennan c. MRN*³⁵ et *Mercier c. MRN*³⁶.

La nature de la dépense pour l'acheteur ne détermine pas automatiquement la nature de la somme reçue par le vendeur et vice-versa. De plus, même si le montant versé par l'employeur peut constituer une dépense en capital admissible pour lui, cela ne le soustrait pas à l'obligation de déduire à la source les montants qu'il doit normalement déduire à l'égard d'une rémunération lorsque le montant reçu par l'employé constitue une rémunération pour ce dernier, et ce, en raison de l'alinéa 153(1)a) L.I.R.

5. AVANTAGES À L'ACTIONNAIRE

5.1. SOCIÉTÉ À BUT UNIQUE ET CALCUL DE L'AVANTAGE IMPOSABLE

Dans le numéro 31 des *Nouvelles techniques*³⁷, l'ARC a déclaré qu'elle n'entendait plus accorder d'assouplissement à l'égard de l'application des dispositions du paragraphe 15(1) L.I.R. aux sociétés à but unique (*single purpose*). Cependant, à la lumière de la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Youngman c. La Reine*³⁸, il semble que dans la mesure où l'individu utilisant l'immeuble situé aux États-Unis a entièrement financé son acquisition par la société sans que celle-ci n'ait à verser un rendement sur le capital investi par l'individu, l'avantage imposable conféré à l'individu devrait être nul. L'ARC est-elle d'accord avec cette méthode de calcul de l'avantage imposable et donc avec le résultat énoncé précédemment?

Réponse de l'ARC

En ce qui concerne les sociétés à but unique qui seraient soumises à la nouvelle politique administrative annoncée dans les *Nouvelles techniques*, l'avantage imposable conféré au particulier actionnaire devrait être calculé conformément aux directives énoncées dans le *Bulletin d'interprétation* IT-432R2, c'est-à-dire :

³⁴ 96 D.T.C. 6483, [1996] 3 C.T.C. 212 (C.C.I.).

³⁵ 77 D.T.C. 312, [1977] C.T.C. 2455 (C.R.I.).

³⁶ 92 D.T.C. 2306, [1992] 2 C.T.C. 2065 (C.C.I.).

³⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 31, 23 juin 2004.

³⁸ 90 D.T.C. 6322.

« Usage par un actionnaire de biens de la société à des fins personnelles

11. Si des biens d'une société sont mis à la disposition d'un actionnaire pour son usage personnel, un avantage visé au paragraphe 15(1) est généralement considéré avoir été accordé à l'actionnaire. Il en est ainsi que l'actionnaire ait ou non payé une partie du coût des biens ou des frais de fonctionnement connexes. Aussi, le fait que la société n'ait pas demandé de déduction pour amortissement sur les biens n'a pas d'importance. Le calcul du montant ou de la valeur de l'avantage est habituellement fondé sur la juste valeur locative des biens, moins toute contrepartie payée à la société par l'actionnaire pour l'usage des biens. Cependant, il ne convient pas toujours d'utiliser la juste valeur locative pour établir l'avantage, surtout si elle ne prévoit pas un taux de rendement raisonnable pour la valeur ou le coût des biens.

Tel peut être le cas, par exemple, d'une résidence luxueuse ou d'un bateau de plaisance mis à la disposition de l'actionnaire pour son usage personnel. Voir l'affaire *Lloyd Youngman c. La Reine*, 90 DTC 6322, (1990) 2 C.T.C. 10. S'il ne convient pas d'utiliser la juste valeur locative, si une telle valeur n'existe pas ou si elle est impossible à établir, le montant ou la valeur de l'avantage correspond normalement au montant obtenu en multipliant un taux de rendement normal par le plus élevé des montants suivants: le coût des biens ou leur juste valeur marchande. On y ajoute ensuite les frais de fonctionnement liés aux biens. Le total de ces deux montants est souvent appelé "loyer théorique". L'éventuelle contrepartie versée à la société par l'actionnaire pour l'usage des biens est ensuite soustraite du loyer théorique. Lorsque cette formule est appliquée, avant que le montant correspondant au plus élevé du coût ou de la juste valeur marchande du bien ne soit multiplié par le taux de rendement normal, on peut le réduire du montant des prêts ou avances sans intérêt impayés que l'actionnaire a consenti à la société (dans des circonstances qui sont essentiellement les mêmes que celles dans l'affaire *Youngman*) pour permettre à la société d'acquiescer le bien³⁹. »

Par conséquent, conformément à ces directives, si un immeuble luxueux était mis à la disposition d'un actionnaire unique d'une société à but unique, lequel actionnaire aurait financé à 100 % le coût d'acquisition de l'immeuble de la société par un prêt sans intérêt à la société et paierait toutes les dépenses d'exploitation relatives à l'immeuble, il pourrait quand même y avoir un avantage imposable attribué à l'actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. si la JVM de l'immeuble était plus élevée que son coût d'acquisition. Si tel n'était pas le cas, il n'y aurait pas d'avantage imposable en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R.

³⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-432R2, « Avantages accordés à des actionnaires », 10 février 1995, numéro 11.

Par ailleurs, si la société fournit à l'actionnaire l'usage d'un immeuble dans une situation où c'est la juste valeur locative qui doit être utilisée, et où l'actionnaire paie les dépenses d'exploitation relatives à l'immeuble, il y aura un avantage imposable pour l'actionnaire en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R., que l'actionnaire ait contribué ou non au coût de l'immeuble puisque le calcul de l'avantage serait fonction de la juste valeur locative de l'immeuble.

5.2. AUTOMOBILE UTILISÉE PAR UN ACTIONNAIRE

Un particulier est l'unique actionnaire d'une société de gestion (ci-après « Gestco »). Cette société détient une participation de 25 % dans une société de personnes. La société de personnes exploite une entreprise.

Première situation

Gestco met une automobile à la disposition de son actionnaire. L'actionnaire utilise principalement cette automobile à des fins d'affaires de Gestco dans le cadre de l'entreprise exploitée par la société de personnes. L'actionnaire reçoit cet avantage en sa qualité d'actionnaire.

Dans cette situation, l'actionnaire sera imposé sur l'avantage que Gestco lui confère. Est-ce que cet avantage sera imposé à titre de salaire ou à titre de revenu de bien? Quelles sont les adaptations qui devront être apportées au paragraphe 6(2) L.I.R. dans le cadre du calcul d'un avantage visé au paragraphe 15(5) L.I.R.? Est-ce que l'avantage conféré à l'actionnaire en vertu du paragraphe 15(5) L.I.R. sera réduit parce qu'il utilise principalement l'automobile aux fins d'affaires de Gestco dans le cadre de l'entreprise exploitée par la société de personnes?

Deuxième situation

L'actionnaire utilise sa propre automobile aux fins d'affaires de Gestco. Gestco lui verse une allocation calculée en fonction du kilométrage mais celle-ci n'est pas raisonnable parce qu'elle est trop élevée.

Est-ce que l'allocation non raisonnable versée par Gestco à son actionnaire sera visée à l'alinéa 6(1)b) L.I.R. ou sera-t-elle imposée en vertu d'une autre disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*? Est-ce que Gestco pourra déduire le montant de cette allocation non raisonnable? Si l'allocation non raisonnable est versée par la société de personnes, quelles seront les conséquences fiscales pour la société de personnes, pour Gestco et pour l'actionnaire (si celui-ci reçoit l'allocation à titre d'actionnaire de Gestco)?

Troisième situation

La société de personnes met une automobile à la disposition de l'actionnaire de Gestco. L'actionnaire utilise principalement l'automobile aux fins de l'entreprise exploitée par la société de personnes, une portion de 40 % de l'utilisation étant personnelle. Le particulier ne reçoit pas de salaire de Gestco.

Comment calculer la portion des dépenses déductibles dans le calcul du revenu de la société de personnes? Est-ce que l'alinéa 12(1)y) L.I.R. s'applique à la situation en considérant que le particulier ne reçoit pas de salaire de Gestco? Comment sera calculé le montant qui devra être inclus au revenu du particulier?

Réponse de l'ARC

Première situation

Dans une situation particulière, il faudrait examiner les faits pour déterminer si le particulier reçoit un avantage de Gestco en sa qualité d'employé. Un avantage reçu dans de telles conditions représenterait du revenu d'emploi. Cependant, si Gestco met une automobile à la disposition du particulier en sa qualité d'actionnaire, l'avantage sera inclus dans son revenu conformément aux paragraphes 15(1) et (5) L.I.R. et constituera du revenu de bien.

Le paragraphe 15(5) L.I.R. prévoit que le calcul de l'avantage conféré à l'actionnaire se fait en utilisant certains paragraphes de l'article 6 L.I.R. et en y apportant les adaptations nécessaires. Le but du paragraphe 15(5) L.I.R. est de calculer l'avantage conféré à un actionnaire pour l'utilisation personnelle d'une automobile. L'actionnaire pourrait utiliser l'automobile pour les affaires de Gestco sans que cela soit dans l'accomplissement des fonctions d'une charge ou d'un emploi. Nous sommes donc d'avis qu'en plus des modifications déjà prévues au paragraphe 15(5) L.I.R., une des adaptations nécessaires serait le remplacement dans le calcul de l'élément A de la formule prévue au paragraphe 6(2) de l'expression « dans l'accomplissement des fonctions de sa charge ou de son emploi » par une expression relative à l'accomplissement des affaires de la société.

Ainsi, en faisant une telle adaptation, le particulier pourra examiner si une réduction de l'avantage est possible en raison de son utilisation à des fins d'affaires de la société. À cet égard, nous sommes d'avis que si la distance parcourue par l'automobile l'est principalement aux fins de

l'entreprise de la société de personnes, elle serait parcourue principalement dans l'accomplissement des affaires de Gestco. Dans un tel cas, le particulier pourra calculer l'élément A au paragraphe 6(2) L.I.R. en tenant compte de l'alinéa a), ce qui pourrait donner lieu à une réduction de son avantage.

Deuxième situation

Si le particulier reçoit l'allocation trop élevée de Gestco en sa qualité d'employé, l'alinéa 6(1)b) L.I.R. s'appliquera pour inclure cette allocation dans le revenu du particulier et les alinéas 18(1)a) et 18(1)r) L.I.R. n'empêcheront pas Gestco de déduire le montant de l'allocation versée à l'employé. Cependant, l'article 67 L.I.R. pourrait s'appliquer si ladite allocation n'est pas raisonnable pour la société dans les circonstances.

Si l'actionnaire reçoit l'allocation trop élevée en sa qualité d'actionnaire, il devra inclure cette allocation en totalité dans son revenu en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. Dans une telle situation, Gestco ne pourra pas déduire l'allocation dans le calcul de son revenu en raison de l'alinéa 18(1)a) L.I.R.

Dans le cas où l'allocation serait versée par la société de personnes, nous sommes d'avis que la société de personnes ne pourrait pas déduire le montant de l'allocation versée au particulier en sa qualité d'actionnaire de Gestco. Ce montant représenterait plutôt un prélèvement effectué par Gestco, c'est-à-dire une répartition des bénéfices de la société de personnes aux fins de l'application du sous-alinéa 53(2)c)(v) L.I.R. Par ailleurs, l'actionnaire de Gestco devrait inclure le montant de l'allocation dans son revenu conformément au paragraphe 15(1) L.I.R. ou au paragraphe 246(1) L.I.R., selon les circonstances.

Troisième situation

Lorsque l'automobile est utilisée par le particulier à des fins d'affaires de la société de personnes et à des fins personnelles, le coût en capital de l'automobile doit être réparti entre l'usage qui en est fait pour l'entreprise de la société de personnes et tout autre usage sans rapport avec cette entreprise conformément aux alinéas 13(7)c) et d) L.I.R. et les alinéas 45(1)b) et c) L.I.R. Une répartition entre ces deux usages sera également nécessaire pour les autres frais relatifs à l'automobile. Seule la déduction pour amortissement qui est applicable à la fraction du coût en capital de l'automobile reliée à l'entreprise de la société de personnes est admissible ainsi que la portion des autres frais relatifs à l'automobile ayant trait à l'entreprise de la société de personnes qui seraient par ailleurs déductibles.

La société de personnes ne serait pas autorisée à déduire des frais d'exploitation ou tout autre coût ou fraction du coût ayant trait à l'usage personnel que le particulier fait de l'automobile.

L'alinéa 12(1)y) L.I.R. s'applique à un particulier s'il est associé d'une société de personnes ou s'il est un employé d'un associé d'une société de personnes. Un actionnaire d'une société peut être un employé de la société même s'il ne reçoit pas de salaire de la société. Par exemple, il pourrait être administrateur de la société ou accomplir des tâches pour la société. Dans la présente situation, le particulier serait probablement un employé de Gestco et l'alinéa 12(1)y) L.I.R. s'appliquerait. Tel qu'indiqué à l'alinéa 12(1)y) L.I.R., le montant qui sera inclus dans le revenu du particulier sera le montant qui serait inclus en application de l'alinéa 6(1)e) L.I.R. dans le calcul du revenu du particulier s'il était employé par la société de personnes.

5.3. ALLOCATION RAISONNABLE

Une société verse à son président une allocation de 1 \$ le kilomètre pour l'utilisation de son automobile personnelle de type Mercedes ou BMW à des fins professionnelles. Cette allocation de 1 \$ le kilomètre a été déterminée en fonction des coûts d'utilisation d'une voiture luxueuse.

L'ARC a indiqué à plusieurs reprises, entre autres, dans une interprétation technique⁴⁰ qu'elle considère généralement l'utilisation des taux énoncés à l'article 7306 R.I.R. comme raisonnables aux fins du calcul d'une allocation automobile visée par l'alinéa 6(1)b) L.I.R. Toutefois, un montant différent pourrait être considéré raisonnable s'il est représentatif des frais réels engagés par le contribuable pour l'utilisation de son automobile à des fins professionnelles.

En tenant compte qu'il est habituel pour un président de vaquer à ses fonctions à bord d'un véhicule ayant un certain prestige pour donner une image de qualité à son entreprise, l'ARC considère-t-elle raisonnable qu'une société verse une allocation à un employé pour compenser les frais d'utilisation d'une voiture luxueuse? L'ARC est-elle d'avis que l'utilisation d'une voiture luxueuse est en quelque sorte déjà considérée par l'application de l'alinéa 18(1)r) L.I.R. au niveau du payeur?

⁴⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2002-0174635, 10 janvier 2003.

Réponse de l'ARC

Pour déterminer si une allocation est raisonnable, tous les faits particuliers d'une situation doivent être analysés, en considérant les circonstances de chaque employé. Comme vous l'avez indiqué, bien qu'un employeur puisse se servir des taux prescrits à l'article 7306 R.I.R. à titre indicatif pour déterminer si l'allocation payée à un employé est raisonnable, d'autres taux peuvent être considérés comme étant raisonnables selon les circonstances aux fins des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Aux fins de l'alinéa 6(1)b) L.I.R., une allocation qui couvre les frais réels engagés (*out-of-pocket costs*) d'un employé, lequel utilise son véhicule à moteur dans le cadre de son emploi, serait généralement considérée comme une allocation raisonnable. Par ailleurs, nous sommes d'accord pour dire qu'il peut y avoir des situations où il serait raisonnable pour un employeur de verser une allocation à un employé pour couvrir les coûts d'utilisation d'une voiture luxueuse. Cette détermination nécessite toutefois l'analyse de tous les faits entourant une situation particulière. Par conséquent, dans la situation présentée, il nous est impossible de vous confirmer si l'allocation versée de 1 \$ le kilomètre est raisonnable puisqu'il s'agit d'une situation hypothétique.

Du point de vue d'un employeur, la déductibilité d'une allocation versée à son employé pour l'utilisation qu'il fait de son automobile à des fins d'affaires peut être restreinte par l'application de l'alinéa 18(1)r) L.I.R. si ladite somme excède les taux prescrits par l'article 7306 R.I.R. Toutefois, l'alinéa 18(1)r) L.I.R. ne s'applique pas si l'allocation doit être incluse dans le calcul du revenu de l'employé. Dans ce cas, l'article 67 L.I.R. pourrait s'appliquer à la société si ladite allocation n'est pas raisonnable dans les circonstances.

Il est à noter que si, dans une situation particulière, une allocation déraisonnablement élevée est versée à un employé qui est aussi un actionnaire de la société-employeur, un argument peut être apporté selon lequel ce montant a été reçu en sa qualité d'actionnaire. Dans ce cas, un avantage imposable en vertu du paragraphe 15(1) L.I.R. en découlerait pour l'individu et aucune déduction ne serait accordée à la société en vertu de l'alinéa 18(1)a) L.I.R.

6. ADMINISTRATION

6.1. PÉNALITÉS – FORMULAIRES T-1134

Cette question concerne la politique administrative de l'ARC relativement au traitement des formulaires T-1134 produits tardivement. La production de ces formulaires est exigée en vertu de l'article 233.4 L.I.R. Le défaut de produire ces formulaires est assorti de pénalités importantes. Outre la pénalité de base du paragraphe 162(7) L.I.R., des pénalités particulières sont prévues aux paragraphes 162(10) à (10.4) et 163(2.4) à (2.91) L.I.R.

La politique administrative actuelle semble être la suivante relativement à la production tardive d'un formulaire : lorsqu'il s'agit de la première production du formulaire et que celui-ci est produit en retard, il semble qu'aucune pénalité ni intérêt ne soit imputé. Toutefois, il n'existe pas de document confirmant cette pratique.

Si un contribuable a déjà produit un Formulaire T-1134 par le passé et si la production du formulaire est en retard à l'égard d'une année donnée, il semble qu'il soit nécessaire de recourir à la procédure de divulgation volontaire. À cet égard, il faut attendre un an avant de se prévaloir de cette procédure, conformément à la nouvelle circulaire sur les divulgations volontaires. Toutefois, il semblerait qu'il puisse être préférable de produire le formulaire sans attendre le délai d'un an et d'invoquer dans une lettre de transmission les raisons du retard (changement de contrôle de la société, changement de personnel) et demander l'application de la tolérance administrative sur les pénalités.

Dans le cas où un contribuable est en retard pour une deuxième fois relativement à la production d'un Formulaire T-1134, peut-il toujours se prévaloir de la procédure de divulgation volontaire à cet égard?

L'ARC pourrait-elle clarifier sa position concernant l'imposition de pénalités pour production tardive de formulaires T-1134 et le recours à la procédure de divulgation volontaire à cet égard?

Réponse de l'ARC

La pénalité pour production tardive prévue au paragraphe 162(7) L.I.R. est établie par le Centre de technologie d'Ottawa au moment de la production. Les pénalités visées aux paragraphes 162(10), 162(10.1) et 163(2.4) L.I.R. sont appliquées aux contribuables qui ne produisent pas de déclaration, qui refusent de donner suite à une mise en demeure de produire

une déclaration, ou qui font un faux énoncé ou une omission, selon le cas, sciemment ou dans des circonstances équivalant à une faute lourde.

La pénalité pour production tardive prévue au paragraphe 162(7) L.I.R. n'est généralement pas imposée lorsque le contribuable produit volontairement, mais tardivement, la déclaration et que c'est la première fois qu'il produit une déclaration de biens étrangers en retard. Une lettre d'avertissement est envoyée au contribuable pour l'informer qu'une pénalité n'est pas imposée vu que c'est la première fois qu'il produit une déclaration en retard, mais que la prochaine fois, il sera passible d'une pénalité.

Cette politique administrative est en place afin de fournir une solution simple à la procédure formelle de divulgation volontaire, lorsque la déclaration de renseignements sur les sociétés étrangères n'a pas été produite en retard auparavant. Cependant, rien n'empêche un contribuable d'utiliser la procédure formelle de divulgation volontaire la première fois qu'il produit sa déclaration en retard ou pour les fois subséquentes.

6.2. ORDRES DE RECTIFICATION

Dans l'arrêt *B.E.A. Holdings Inc. c. Trafsys Inc. et Trafsys Communications Inc.*⁴¹, la Cour supérieure du Québec a établi que le pouvoir de rectifier un écrit en droit civil ne va pas jusqu'à modifier les termes et conditions des écrits et conventions en cause au point de changer substantiellement par jugement la structure même de la transaction et la nature des engagements contractuels. Selon la Cour, bien que certains rapprochements puissent s'établir entre la *Doctrine of rectification* et la correction d'une erreur en droit civil, le droit civil est plus restrictif à cet égard.

Or, la Cour d'appel du Québec⁴² a renversé ce jugement le 12 février 2004. Selon la Cour d'appel, il ressortait clairement de la preuve que l'élément essentiel qui a déterminé le consentement de l'appelante à participer à la transaction était que celle-ci n'entraîne aucune conséquence fiscale.

Mentionnons qu'il s'agissait d'un jugement déclaratoire et que l'ARC n'a pas été mise en cause.

⁴¹ C.S. Montréal, n° 500-05-074753-029, 16 avril 2003 (ci-après « *B.E.A. Holdings Inc.* »).

⁴² C.A. Montréal, n° 500-09-013408-034, 12 février 2004.

Par ailleurs, dans le numéro 22 des *Nouvelles techniques*⁴³, l'ARC a mentionné qu'elle désirait mettre au point une politique administrative sur les rectifications tout en donnant un certain aperçu de celle-ci. L'ARC y mentionne qu'elle demande à être avisée en bonne et due forme de la demande de rectification devant un tribunal civil, sinon elle pourrait contester l'ordonnance de rectification devant le tribunal. De plus, si elle juge que le processus est utilisé de manière abusive, l'ARC envisage d'intenter une action devant la Cour canadienne de l'impôt.

Quand l'ARC prévoit-elle que cette politique administrative verra le jour? Est-ce que la position de l'ARC a été modifiée à la suite du jugement de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *B.E.A. Holdings Inc.*?

Réponse de l'ARC

Notre politique administrative relative aux jugements en rectification demeure notamment celle énoncée dans la publication *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*⁴⁴. Cette position demeure inchangée à la suite de l'affaire *B.E.A. Holdings Inc.* qui ne reconnaît pas la *Doctrine of rectification* en droit civil québécois mais sanctionne plutôt le recours à la nullité de contrat dans des circonstances très particulières.

6.3. RECOUVREMENT DES IMPÔTS À LA SUITE D'UN AVIS D'OPPOSITION (GRANDE SOCIÉTÉ)

Le capital imposable d'une SPCC, calculé en vertu du paragraphe 181.2(2) L.I.R., est inférieur à 10 M\$.

Pour une année d'imposition donnée, la société a réclamé une déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE ») telle qu'elle est prévue au paragraphe 125(1) L.I.R. puisque ce plafond des affaires n'a pas été réduit par l'application du paragraphe 125(5.1) L.I.R.

À la suite d'une vérification, l'ARC a ajouté un montant au calcul de son capital imposable et émet un avis de nouvelle cotisation en conséquence. L'augmentation du capital imposable de la société, telle qu'elle est calculée par l'ARC, a pour effet de faire excéder le capital imposable du montant

⁴³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 22, 11 janvier 2002.

⁴⁴ *Id.*

d'abattement, tel que prévu au paragraphe 181.5(1.1) L.I.R. et par conséquent, de réduire le plafond des affaires par l'effet du paragraphe 125(5.1) L.I.R.

En vertu de l'article 165 L.I.R., la contribuable s'oppose à l'avis de cotisation à l'égard de l'inclusion du montant au calcul de son capital imposable pour l'année.

Selon la contribuable, le montant n'a pas à être inclus au calcul de son capital imposable et son plafond des affaires ne devrait pas être réduit. Selon les prétentions de la contribuable, cette dernière ne devrait pas être assujettie aux règles des grandes sociétés au sens du paragraphe 225.1(8) L.I.R., puisque le capital imposable utilisé aux fins du calcul de la DPE serait inférieur à 10 M\$.

Lors de la production de son avis d'opposition, la contribuable ne s'est pas conformée aux exigences décrites aux paragraphes 165(1.11) à (1.14) L.I.R.

De plus, la société n'a pas versé 50 % du montant en litige tel qu'il est stipulé par le paragraphe 225.1(7) L.I.R., puisque cette dernière s'oppose à l'inclusion d'un montant à son calcul de capital imposable.

Est-ce que l'ARC serait en droit de recouvrer 50 % du montant en litige en vertu du paragraphe 225.1(7) L.I.R. dans une telle situation, malgré le fait que la détermination d'une grande société soit en quelque sorte le point en litige? En d'autres termes, est-ce que l'ARC traiterait cette société comme une grande société avant d'avoir eu gain de cause en opposition ou devant un tribunal?

Réponse de l'ARC

L'énoncé de la présente question ne précise pas quelle serait l'année d'imposition donnée de la société visée.

En ce qui a trait aux années d'imposition antérieures à l'année d'imposition 2004, notre réponse est la suivante.

Nous comprenons que, pour l'année donnée, la société visée aurait fait l'objet d'une nouvelle cotisation établie par le Ministre concernant les impôts des Parties I et I.3 L.I.R. (ou que la société donnée aurait, pour l'année donnée, un impôt de la Partie I.3 L.I.R. payable, n'eût été le

paragraphe 181.1(4) L.I.R.), et ce aux termes du paragraphe 152(4) L.I.R. et de l'article 181.7 L.I.R.

L'article 158 L.I.R. édicte que lorsque le Ministre poste un avis de cotisation (ou de nouvelle cotisation, en vertu de la définition de « cotisation » prévue au paragraphe 248(1) L.I.R.) pour un montant payable par un contribuable, celui-ci doit immédiatement verser au Receveur général la partie alors impayée de ce montant. De plus, l'article 222 L.I.R. édicte, entre autres, que tous les impôts payables en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont des dettes envers Sa Majesté et recouvrables comme telles devant un tribunal compétent, ou de toute autre manière prévue par la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Les paragraphes 225.1(1) à (4) L.I.R. prévoient toutefois des restrictions aux mesures que le Ministre peut prendre pour recouvrer un montant d'une cotisation établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Par contre, le paragraphe 225.1(7) L.I.R. édicte que lorsqu'une cotisation est établie en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relativement à une société pour une année d'imposition au cours de laquelle elle est une « grande société » au sens du paragraphe 225.1(8) L.I.R., les paragraphes 225.1(1) à (4) L.I.R. ne peuvent être appliqués en vue de restreindre les mesures que le Ministre peut prendre pour recouvrer les montants établis aux alinéas 225.1(7)a) et b) L.I.R. Sommairement, cette disposition permet donc au Ministre d'entreprendre des mesures pour recouvrer la moitié du montant établi à tout moment dans les 90 premiers jours suivant l'établissement de la cotisation ou nouvelle cotisation, peu importe si la société a produit une opposition ou interjeté appel. Lorsqu'une opposition a été produite ou qu'un appel a été interjeté, le Ministre peut entreprendre des mesures pour recouvrer la moitié du montant en litige et tout solde qui n'est pas en litige.

De manière générale, le paragraphe 225.1(8) L.I.R. (et plus particulièrement l'alinéa 225.1(8)a) L.I.R.) édicte qu'est une « grande société » au cours d'une année donnée la société qui a un impôt payable en vertu de la Partie I.3 L.I.R. pour l'année donnée ou qui aurait un tel impôt payable pour l'année donnée n'eût été le paragraphe 181.1(4) L.I.R.

À cet égard, le paragraphe 248(2) L.I.R. édicte que dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'impôt payable par un contribuable, conformément à toute partie de la présente loi prévoyant une imposition, désigne l'impôt payable par lui, tel que le fixe une cotisation ou nouvelle cotisation, sous réserve éventuellement de changement consécutif à une opposition ou à un appel, d'après les dispositions de cette partie.

Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis que le paragraphe 225.1(7) L.I.R. serait applicable dans la situation décrite dans l'énoncé de la présente question, et qu'il serait donc possible pour le Ministre d'entreprendre des mesures pour recouvrer les montants établis aux alinéas 225.1(7)a) et b) L.I.R.

En ce qui a trait aux années d'imposition 2004 et suivantes, il faut considérer la modification apportée par le budget fédéral de 2003 à l'abattement de capital d'une société pour une année d'imposition, aux fins de l'impôt de la Partie I.3 L.I.R. Aux termes de ce budget, l'abattement de capital a été haussé de 10 M\$ à 50 M\$, et ce, pour les années d'impositions 2004 et suivantes. À cet égard, les documents budgétaires indiquent ce qui suit :

« Les règles relatives à l'impôt fédéral sur le capital sont pertinentes aux fins de la détermination de l'application d'un certain nombre d'autres dispositions qui imposent des exigences ou des restrictions particulières aux sociétés de plus grande taille. Afin que ces dispositions continuent de s'appliquer comme il se doit, la réduction du "plafond des affaires" des plus grandes sociétés privées sous contrôle canadien prévue au paragraphe 125(5.1), et la définition de "grande société" qui figure au paragraphe 225.1(8), continueront de s'appliquer comme si l'abattement de capital et le taux de l'impôt fédéral sur le capital n'avaient pas été modifiés⁴⁵. »

Le paragraphe 181.5(1) L.I.R. a été modifié et le paragraphe 181.5(1.1) L.I.R. a été ajouté afin de tenir compte des objectifs de politique fiscale mentionnés ci-dessus.

Compte tenu de ce qui précède, il appert que, pour les années d'imposition 2004 et suivantes, l'intention du législateur est notamment d'assujettir une société comme la société donnée mentionnée dans l'énoncé de la présente question à l'obligation de produire un avis d'opposition comportant les renseignements requis selon le paragraphe 165(1.11) L.I.R., et aussi de permettre au Ministre d'entreprendre des mesures à l'égard d'une telle société pour recouvrer les montants établis aux alinéas 225.1(7)a) et b) L.I.R.

En terminant, il est indiqué dans l'énoncé de la présente question que la société donnée ne se serait pas conformée aux exigences décrites au paragraphe 165(1.11) L.I.R. À cet égard, le paragraphe 165(1.12) L.I.R.

⁴⁵ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2003*, 18 février 2003, p. 376.

édicte que dans le cas où un avis d'opposition signifié par une société à laquelle le paragraphe 165(1.11) L.I.R. s'applique ne contient pas les renseignements requis selon les alinéas 165(1.11)b) ou c) L.I.R. relativement à une question à trancher qui est décrite dans l'avis, le Ministre peut demander par écrit à la société de fournir ces renseignements. La société est alors réputée s'être conformée à ces alinéas relativement à la question à trancher si, dans les 60 jours suivant la date de la demande par le Ministre, elle communique par écrit les renseignements requis. Par ailleurs, l'avis d'opposition ne sera pas considéré valide si aucune question à trancher n'y est exposée. Enfin, la possibilité pour une société qui est une « grande société » au sens du paragraphe 225.1(8) L.I.R. d'interjeter l'appel devant la Cour canadienne de l'impôt pour faire annuler ou modifier une cotisation est restreinte aux questions à l'égard desquelles elle s'est conformée au paragraphe 165(1.11) dans l'avis d'opposition, et ce aux termes du paragraphe 169(2.1) L.I.R.

7. DIVERS

7.1. SURPLUS EXONÉRÉ ET DÉTENTION D'ACTIONS PAR UN INDIVIDU

Lorsqu'un individu résident du Canada détient toutes les actions émises et en circulation d'une société résidente d'une juridiction étrangère avec laquelle le Canada a signé une convention visant à éviter la double imposition, l'individu n'a droit à aucun « surplus exonéré » qu'il pourrait rapatrier au Canada sans impôt en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans la mesure où l'individu transfère ses actions de la société étrangère à une société canadienne qu'il détient entièrement sur une base de roulement, la société canadienne ne pourra pas ajouter aux surplus exonérés attribuables à ses actions de la société étrangère ce qui aurait autrement été du surplus exonéré pour la période de détention du particulier.

L'ARC est-elle d'accord avec cette interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du *Règlement de l'impôt sur le revenu*? Dans l'affirmative, le ministère des Finances considère-t-il que ce résultat est en accord avec le but et l'objet de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du *Règlement de l'impôt sur le revenu* à cet égard?

Réponse de l'ARC

Nous sommes en accord avec cette interprétation. Un individu résidant au Canada doit inclure dans le calcul de son revenu un dividende reçu d'une société étrangère affiliée en vertu de l'alinéa 12(1)k) L.I.R. et de l'article 90 L.I.R. La société étrangère affiliée de ce même individu ne peut avoir de

« surplus exonéré » puisque la définition de cette expression au paragraphe 5907(1) R.I.R. requiert que ce surplus soit déterminé à l'égard d'une société et non d'un individu.

L'individu résidant au Canada ne peut bénéficier du traitement accordé aux sociétés de déduire la fraction d'un dividende prélevé à même les surplus exonérés selon l'alinéa 113(1)a) L.I.R. L'individu pourrait néanmoins se prévaloir des paragraphes 20(11), 20(12) ou 126(1) L.I.R., le cas échéant.

Dans l'hypothèse où l'individu dispose de ses actions à l'égard d'une société canadienne, la période de référence du calcul du « surplus exonéré » sera généralement déterminée selon la définition de cette expression à l'alinéa 5907(1)a) R.I.R. Cette période correspond au premier jour de l'année d'imposition de la société affiliée au cours de laquelle elle est devenue la dernière fois une société étrangère affiliée de la société canadienne. Cette période ne s'étend toutefois pas à la période de détention de l'individu qui précède le premier jour l'année d'imposition de la société affiliée auquel il est fait référence à l'alinéa 5907(1)a) R.I.R.

Réponse du ministère des Finances

Afin d'éviter la double imposition à l'égard du revenu tiré d'une entreprise exploitée activement de la société étrangère affiliée d'une société résidant au Canada, le paragraphe 113(1) L.I.R. prévoit une déduction dans le calcul du revenu de la société au titre d'un dividende qui lui est versé par la société étrangère affiliée. La déduction est limitée au montant du dividende qui, selon le *Règlement de l'impôt sur le revenu*, doit avoir été payé sur le surplus exonéré et le surplus imposable de la société affiliée relativement à la société résidant au Canada. Le surplus exonéré et le surplus imposable d'une société étrangère affiliée, relativement à une société résidant au Canada, ne sont déterminés qu'à l'égard du revenu de la société affiliée tiré d'une entreprise exploitée activement au cours de ses années d'imposition prenant fin après qu'elle soit devenue pour la dernière fois une société étrangère affiliée de la société et à la fin desquelles elle est une société étrangère affiliée de la société. Dans les faits, le paragraphe 113(1) L.I.R. s'applique comme si la société résidant au Canada avait gagné le revenu de la société étrangère affiliée tiré d'une entreprise exploitée activement sur lequel le dividende a été versé et comme si elle avait payé les impôts étrangers versés par la société affiliée sur ce revenu. C'est pourquoi le revenu et les surplus d'une société non résidente ne s'accumulent pour le bénéfice de la société résidant au Canada que pendant la période au cours de laquelle la société non résidente est une société étrangère affiliée de la

société résidant au Canada. La déduction prévue au paragraphe 113(1) L.I.R. favorise la compétitivité internationale des sociétés canadiennes qui exploitent leurs entreprises étrangères actives par l'entremise de sociétés étrangères affiliées.

La déduction prévue au paragraphe 113(1) L.I.R. ne s'applique pas relativement à un dividende que la société étrangère affiliée d'un particulier résidant au Canada verse à ce dernier. Cela s'explique par un souci de simplicité, par l'existence fiscale distincte présumée de sociétés non résidentes et de leurs actionnaires résidant au Canada qui sont des particuliers et par l'absence générale d'intégration de l'impôt du particulier et de la société non résidente relativement au revenu de celle-ci tiré d'une entreprise exploitée activement.

En conséquence, le résultat cité dans l'exemple qui figure à la présente question serait conforme à l'intention de principe de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du *Règlement de l'impôt sur le revenu*. Si le particulier dans cet exemple avait voulu faire appliquer le paragraphe 113(1) L.I.R. relativement au revenu gagné antérieurement par la société étrangère affiliée, il aurait dû faire en sorte dès le départ que le capital-actions de celle-ci soit détenu par sa société canadienne en propriété exclusive.

7.2. MUTUELLE D'ASSURANCES ET ORGANISME SANS BUT LUCRATIF

Une mutuelle d'assurances (ci-après « mutuelle ») est formée par plusieurs entités oeuvrant dans le même domaine (ci-après « membres »). La seule activité de la mutuelle est d'offrir à ses membres une couverture d'assurance pour les risques qu'ils encourent dans le cadre de leurs activités commerciales. Les membres payent annuellement à la mutuelle une prime pour bénéficier de la couverture d'assurance. Dans l'éventualité où, à la fin de l'exercice, la mutuelle a un surplus, elle rembourse à chacun de ses membres une partie de la prime annuelle qu'ils ont déboursée.

Des entités commerciales à but lucratif non résidentes du Canada exercent des activités similaires à celles de la mutuelle mais le coût des primes offertes par ces entités est prohibitif. Les membres pourraient possiblement devoir cesser l'exploitation de leur entreprise s'ils devaient souscrire à de l'assurance auprès de ces entités non résidentes.

L'ARC est-elle d'avis que la mutuelle se qualifie à titre d'organisme à but non lucratif au sens de l'alinéa 149(1)l) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

Pour être exemptée d'impôt selon l'alinéa 149(1)l) L.I.R., une association doit être constituée et administrée uniquement pour s'assurer du bien-être social, des améliorations locales, s'occuper des loisirs ou fournir des divertissements, ou encore exercer toute autre activité non lucrative. Pour déterminer l'objet de la constitution d'une association, on examine habituellement les documents en vertu desquels elle a été créée.

Pour avoir droit à une exemption, une association doit non seulement être constituée uniquement à des fins non lucratives, mais aussi être effectivement administrée conformément à ces fins chaque année pour laquelle elle demande une exemption selon l'alinéa 149(1)l) L.I.R. La question de déterminer si une association a été administrée uniquement à des fins non lucratives et conformément à ses objectifs non lucratifs dans une année d'imposition donnée doit être fondée sur les faits pertinents à chaque cas; seul l'examen de toutes les activités de l'année permet de faire cette détermination. Celle-ci ne peut pas se faire avant une année donnée ni au cours d'une année donnée, mais seulement à la fin de l'année.

L'alinéa 149(1)l) L.I.R. requiert aussi qu'aucune fraction des revenus de l'association, qu'il s'agisse de revenus de l'année en cours ou de revenus accumulés, ne puisse être payable ni servir au profit personnel de ses membres. Cette condition ne s'applique pas si le membre était un cercle ou une association dont le but premier et la fonction étaient de promouvoir le sport amateur au Canada. Une association qui est une mutuelle d'assurances ne respecte pas les exigences de l'alinéa 149(1)l) L.I.R. si elle peut rembourser à un membre une partie des primes qu'il lui a versées.

7.3. SPEQ

Un programme de financement de société de placement dans l'entreprise québécoise (ci-après « SPEQ »)-employés a été mis sur pied au cours d'une année donnée.

Les différents intervenants impliqués dans le programme de SPEQ-employés sont les suivants :

- 1) Une SPEQ-employés (ci-après « SPEQ »);
- 2) Une société admissible (ci-après « société »);
- 3) Une banque (ci-après « banque »);

- 4) Les employés de la société admissible (ci-après « employé » ou « employés »).

La banque procède à la mise en place d'un financement des employés pour que ceux-ci puissent capitaliser la SPEQ. Il s'agit de prêts aux employés de la société à des fins d'investissement dans le capital-actions de la SPEQ, cautionnés en faveur de la banque par la SPEQ et la société.

La SPEQ utilise les montants reçus des employés à titre de souscription d'actions pour souscrire à des actions du capital-actions de la société.

Le débiteur de la banque est l'employé. La SPEQ et la société ont aussi le statut de débiteur au moyen d'un mécanisme de cautionnement solidaire.

Selon les ententes conclues entre les parties, notamment entre la SPEQ et les employés, dans l'éventualité où l'employé est en défaut de rembourser la banque, la SPEQ rembourserait elle-même cette dernière. La SPEQ serait alors subrogée dans les droits de la banque et l'employé deviendrait débiteur envers la SPEQ du montant dû par l'employé à la banque, que la SPEQ aurait payé. La SPEQ prendrait en paiement, pour les sommes remboursées à la banque, les actions de la SPEQ détenues par l'employé. Cette prise en paiement éteindrait la dette de l'employé envers la SPEQ.

Paragraphe 84(3) L.I.R.

Selon l'ARC, la prise en paiement par la SPEQ des actions de son capital-actions détenues par l'employé en défaut entraîne-t-elle l'application du paragraphe 84(3) L.I.R.? Dans l'affirmative, sur quelle base serait calculé le dividende imposable?

Paragraphe 15(1) L.I.R.

Prenons la situation hypothétique où l'employé devient débiteur d'une somme de 10 000 \$ envers la SPEQ à la suite du paiement par cette dernière de la dette due par l'employé à la banque.

Le paragraphe 15(1) L.I.R. pourrait s'appliquer à l'employé.

Le paragraphe 15(1.2) L.I.R. prévoit, aux fins du paragraphe 15(1) L.I.R., que le montant de l'avantage conféré à un actionnaire par suite du règlement ou de l'extinction d'un prêt ou d'une dette qu'il avait envers la société correspond au « montant remis » sur la dette au moment de son règlement ou de son extinction. En vertu du paragraphe 15(1.21) L.I.R., le

« montant remis » s'entend, de façon générale, du sens qui serait donné à cette expression en vertu du paragraphe 80(1) L.I.R., moyennant certains ajustements.

Dans la mesure où la JVM des actions prises en paiement est de 11 000 \$, est-il exact, selon l'ARC, de prétendre que le « montant payé en règlement du principal de la dette », aux fins de la détermination du « montant remis », au sens prévu au paragraphe 80(1) L.I.R., est équivalent à la valeur des actions de la SPEQ au moment de leur prise en paiement à la suite de l'exercice des droits obtenus au moyen de la subrogation, soit dans le cas en l'espèce 11 000 \$?

Quelle est l'interaction entre les dispositions de l'article 15 L.I.R. et celles du paragraphe 84(3) L.I.R.?

Réponse de l'ARC

Dans la situation présentée, nous tenons pour acquis que l'employé a emprunté 10 000 \$ de la banque et a acquis un total de 10 000 actions du capital-actions de la SPEQ, que le « capital versé », au sens du paragraphe 89(1) L.I.R., de chaque action du capital-actions de la SPEQ est de 1 \$ par action et que l'employé et la SPEQ n'ont aucun lien de dépendance. En général, lorsqu'une société acquiert une action de son capital-actions, elle est réputée avoir versé un dividende en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. égal à l'excédent de la « somme payée » par la société sur le « capital versé » relatif à ces actions.

De plus, dans le calcul du « montant remis » tel qu'il est défini au paragraphe 80(1) L.I.R., on doit soustraire le « montant payé en règlement du principal de la dette », conformément à l'alinéa a) de l'élément B de la formule comprise dans cette définition, aux fins de l'application des paragraphes 15(1.21), 15(1.2) et 15(1) L.I.R.

Compte tenu des faits particuliers dans la situation soumise et particulièrement en raison de l'échange de titres convenu entre la SPEQ et l'employé, nous sommes d'avis que la « somme payée » par la SPEQ pour les actions de son capital-actions détenues par l'employé serait de 10 000 \$ aux fins de l'application du paragraphe 84(3) L.I.R. (c'est-à-dire la valeur de la contrepartie cédée par la SPEQ pour l'acquisition des actions). De plus, nous sommes d'avis que le « montant payé en règlement du principal de la dette » serait également de 10 000 \$ aux fins de la définition de « montant remis » au paragraphe 80(1) L.I.R. (puisque le transfert des actions servirait au paiement complet du montant dû par l'employé à la SPEQ).

Notre position est fondée sur la définition du terme « montant » au paragraphe 248(1) L.I.R., qui se lit comme suit : « Argent, droit ou chose exprimés sous forme d'un montant d'argent, ou valeur du droit ou de la chose exprimée en argent » ainsi que sur notre politique générale de considérer un paiement en nature comme un paiement.

Nous sommes donc d'avis qu'en l'espèce, il n'y aurait aucun dividende réputé versé en vertu du paragraphe 84(3) L.I.R. sur la catégorie d'actions acquises par la SPEQ, étant donné que la « somme payée » par la SPEQ lors de l'acquisition des actions de l'employé serait égale au « capital versé » desdites actions, et ce, malgré la valeur marchande de ces actions au moment de leur acquisition par la SPEQ.

Nous sommes également d'avis que le paragraphe 15(1) L.I.R. ne trouverait pas application en l'espèce, étant donné que le « montant payé en règlement de la dette » par l'employé serait égal au moins élevé du montant pour lequel la dette a été émise ou du principal de la dette, de telle sorte qu'il n'y aurait aucun montant remis aux fins de l'application des paragraphes 80(1), 15(1.21), 15(1.2) et 15(1) L.I.R.

En ce qui concerne l'interaction entre les paragraphes 84(3) et 15(1) L.I.R., le paragraphe 15(1) L.I.R. prévoit que la valeur d'un avantage qu'une société confère à un actionnaire est incluse dans le calcul du revenu de l'actionnaire pour l'année, sauf dans la mesure où cette valeur est réputée constituer un dividende par l'article 84 L.I.R. Par conséquent, il y a lieu de considérer d'abord l'application, entre autres, du paragraphe 84(3) L.I.R. avant d'appliquer le paragraphe 15(1) L.I.R.

7.4. BAIL AVEC PRIX D'OPTION FAVORABLE

Dans le numéro 21 des *Nouvelles techniques*⁴⁶, l'ARC annonçait l'annulation du *Bulletin d'interprétation* IT-233R et entérinait l'approche déjà alors dominante en jurisprudence selon laquelle un bail est un bail et une vente est une vente. Autrement dit, c'est la nature juridique d'un contrat qui en détermine la nature sur le plan fiscal et il n'existe pas de critère de substance économique permettant de modifier cette nature.

Par ailleurs, il semble que depuis cette prise de position, l'ARC ait développé un point de vue particulier dans l'interprétation technique E2003-

⁴⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 21, 14 juin 2001.

0028033⁴⁷. Il s'agit, en l'occurrence, d'une situation où un bail est modifié pour inclure une option d'achat et pour en même temps augmenter les loyers payables afin de refléter la nouvelle option. Selon cette position, chaque paiement de loyer serait fait pour partie à l'égard de l'usage du bien et pour partie en contrepartie du droit d'acquérir le bien.

L'ARC peut-elle confirmer si cela correspond bien à sa position? Comment le montant de loyer attribuable à l'option doit-il être déterminé?

Réponse de l'ARC

La question de savoir si un contrat entre deux parties est une convention de bail ou un contrat de vente à des fins fiscales doit être résolue selon les rapports juridiques créés par les termes d'une entente. Cette position est basée sur l'arrêt *Shell Canada*⁴⁸.

S'il est établi que les rapports juridiques véritables d'une opération entre les parties est un bail, en l'absence d'un trompe-l'œil, l'inclusion par exemple d'une option d'achat à prix de faveur ne changera pas, en soi, la nature de l'opération. Cependant, nous sommes d'avis qu'une partie de chaque paiement de loyer pourrait être considéré comme un paiement à l'égard du droit d'acheter le bien dans le futur. La détermination du montant de loyer attribuable à l'acquisition de l'option est à notre avis une question d'évaluation qui ne peut être déterminée qu'après un examen de tous les faits et documents entourant l'opération.

Lorsque les faits démontrent qu'une partie de chaque paiement de loyer est à l'égard de l'option, cette partie des paiements ne sera pas déductible pour le preneur.

Par exemple, dans l'interprétation technique E2003-0028033, nous avons conclu, dans ce cas, que l'augmentation annuelle des paiements de loyer ayant trait à l'option n'était pas déductible en vertu de l'article 9 L.I.R. et que les règles de l'article 49 L.I.R. s'appliquaient à cette option.

⁴⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique E2003-0028033, 30 octobre 2003.

⁴⁸ Précité, note 23, 5682.

ÉTUDE DE CAS A

FINANCEMENT DE LA PME



Coordonnateur
Pierre Fleury
CA, M. Fisc.
RSM Richter s.e.n.c.r.l.



Daniel Dulac
MBA, CFA
RSM Richter inc.



Richard Gagné
CA, M. Fisc.
Raymond Chabot Grant
Thornton s.e.n.c.r.l.



Nathalie Gagnon
Avocate
Brouillette Charpentier Fortin s.e.n.c.



Geneviève Vigneault
Avocate
Brouillette Charpentier
Fortin s.e.n.c.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	51:7
1. ÉNONCÉ DU CAS	51:7
2. L'INCUBATION	51:10
2.1. LE CHOIX DE LA STRUCTURE JURIDIQUE EXPLOITANT	
L'ENTREPRISE	51:10
2.1.1. Introduction.....	51:11
2.1.2. L'exploitation d'une entreprise par une société de personnes.....	51:11
2.1.3. L'exploitation d'une entreprise par une société par actions	51:13
2.2. TYPE D'INVESTISSEMENT PAR LES INDIVIDUS	51:16
2.2.1. Prêt	51:16
2.2.2. Actions privilégiées	51:16
2.2.3. Actions participantes.....	51:17
2.3. DÉTERMINATION DU MODE DE DÉTENTION DES ACTIONS PAR LES INDIVIDUS	51:18
2.3.1. Détention directe	51:18
2.3.2. Détention par l'intermédiaire d'une société de gestion ...	51:18
2.3.3. Détention par l'intermédiaire d'une fiducie familiale	51:19
2.4. IMPACTS FISCAUX DES LIENS ENTRE SOCIÉTÉS	51:19
2.4.1. Règles sur les sociétés associées.....	51:19
2.4.2. Sociétés liées	51:24
2.5. L'IMPORTANCE DE LA CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES	51:24
2.5.1. L'interdiction de transfert des valeurs mobilières	51:26
2.5.2. Droit de premier refus ou pacte de préférence.....	51:27
2.5.3. Droit de préemption	51:28
2.5.4. Financement de la société	51:29
2.5.5. Administration	51:29
2.5.6. Expulsion d'un actionnaire	51:30
2.5.7. Engagement de non-concurrence, de non-sollicitation et de confidentialité.....	51:33
2.5.8. Décès et assurance vie	51:33
2.5.9. Clause de résolution de conflit.....	51:35
2.6. PROGRAMMES D'AIDE DISPONIBLES	51:36
2.6.1. Activités dans les sites désignés	51:36
2.6.2. Programme Jeunes Promoteurs.....	51:36
2.6.3. Société d'Investissement Jeunesse.....	51:37
2.6.4. Société d'aide au développement des collectivités.....	51:38
2.6.5. Programme IDÉE-PME	51:39

2.6.6.	Programmes avec les institutions financières	51:40
2.6.7.	Fonds locaux d'investissement	51:44
2.6.8.	Financement des petites entreprises du Canada (ci-après « FPEC »).....	51:44
2.7.	DÉDUCTIBILITÉ DES PERTES	51:46
3.	DÉMARRAGE	51:51
3.1.	FINANCEMENT AVEC LE REÉR.....	51:52
3.1.1.	Qualification de la société en tant que SEPE.....	51:53
3.1.2.	Notion d'« actionnaire rattaché ».....	51:53
3.1.3.	Conséquences fiscales reliées à un placement non admissible.....	51:54
3.1.4.	Conséquences fiscales lors de la disposition des actions	51:55
3.1.5.	Désavantages du financement par le REÉR	51:55
3.1.6.	Financement par un emprunt personnel et cession en garantie des biens détenus par un REÉR	51:56
3.2.	CAPITAL DE RISQUE CONVIVIAL	51:57
3.2.1.	Description	51:57
3.2.2.	Mode d'investissement	51:57
3.2.3.	Investissement par les cousins	51:58
3.3.	DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS.....	51:59
3.3.1.	Prêt à Maigrepourtoujours par Mme Petit	51:60
3.3.2.	Investissement additionnel par Mme Petit.....	51:61
3.3.3.	Le capital de risque convivial	51:61
3.3.4.	Achat des actions de Maigrepourtoujours	51:61
3.3.5.	Rachat des actions de Maigrepourtoujours	51:62
3.4.	L'APPEL PUBLIC À L'ÉPARGNE EFFECTUÉ DE FAÇON INVOLONTAIRE	51:63
3.4.1.	Impact légal.....	51:63
3.4.2.	Les conséquences de la contravention à la <i>Loi sur les valeurs mobilières</i>	51:65
3.5.	L'INJECTION DE FONDS PAR UN ANGE INVESTISSEUR	51:68
3.5.1.	Description de l'investissement	51:68
3.5.2.	Prêt par M. Prosper	51:69
3.5.3.	Prêt participatif sur le plan fiscal	51:70
3.5.4.	Prêt à intérêts différés sur le plan fiscal	51:71
3.5.5.	Convention de prêt convertible.....	51:72
3.5.6.	Convention entre actionnaires.....	51:74
3.6.	PROGRAMME IMMIGRANTS INVESTISSEURS.....	51:75
4.	RECHERCHE ET DÉVELOPPEMENT	51:76
4.1.	CAPITAL DE RISQUE PRIVÉ.....	51:77

4.1.1.	Description du capital de risque privé	51:77
4.1.2.	Les instruments financiers utilisés dans le domaine du capital de risque privé	51:78
4.1.3.	Avantages et inconvénients du financement par des capitaux de risque privés.....	51:79
4.1.4.	Principaux éléments du financement de capital de risque privé.....	51:82
4.2.	DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE FINANCEMENT INCLUANT LES HONORAIRES PROFESSIONNELS.....	51:90
4.2.1.	Financement par dettes	51:90
4.2.2.	Financement par actions	51:93
4.3.	RÈGLES SUR LES SOCIÉTÉS ASSOCIÉES	51:93
4.4.	CRÉDITS D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE ET LE DÉVELOPPEMENT ..	51:94
4.4.1.	Crédit fédéral	51:94
4.4.2.	Crédit du Québec	51:99
4.4.3.	Autres crédits d'impôt au Québec	51:103
4.4.4.	Crédit d'impôt du Québec pour les sociétés établies dans des centres de développement des technologies....	51:104
4.4.5.	Financement intérimaire des crédits d'impôt.....	51:104
4.5.	TAXE SUR LE CAPITAL	51:104
4.6.	CONSÉQUENCES FISCALES D'UN FINANCEMENT PAR VOIE D'ÉQUITÉ	51:105
4.6.1.	Impact sur la notion de société privée et de SPCC	51:105
4.6.2.	Conséquences fiscales de la perte du statut de SPCC....	51:106
4.6.3.	Acquisition de contrôle	51:108
5.	PRODUCTION ET MISE EN MARCHÉ	51:111
5.1.	FINANCEMENT TRADITIONNEL	51:111
5.1.1.	Dettes subordonnées	51:111
5.1.2.	Prêt hypothécaire	51:112
5.1.3.	Prêt à terme standard.....	51:113
5.1.4.	Marge de crédit	51:113
5.1.5.	Crédit-bail	51:114
5.2.	SOCIÉTÉ DE CAPITAL DE DÉMARRAGE	51:115
6.	EXPANSION DU MARCHÉ	51:116
6.1.	L'APPEL PUBLIC À L'ÉPARGNE.....	51:116
6.1.1.	Description de l'appel public à l'épargne	51:116
6.1.2.	Étapes préalables à un premier appel public à l'épargne.....	51:117
6.1.3.	Processus d'appel public à l'épargne.....	51:118
6.1.4.	Considérations fiscales.....	51:121

6.1.5. Impact de l'appel public à l'épargne sur la vie d'une société	51:121
ANNEXE A	51:123
ANNEXE B	51:130
ANNEXE C	51:131

INTRODUCTION

1. ÉNONCÉ DU CAS

Exposé du cas pratique

Phase 1 : l'incubation

M. GrosJean et Mme Petit, tous deux récemment diplômés de l'Institut canadien de recherche sur l'obésité et âgés respectivement de 25 et 36 ans, souhaitent mettre sur pied une entreprise dans leur champ d'expertise, soit les produits de santé naturels amincissants. En se basant sur certains des travaux de laboratoire de Mme Petit à l'Institut, ils souhaitent développer et commercialiser un comprimé permettant de perdre sans effort 20 livres sur une période de 15 jours. Leur professeur de marketing à l'Institut, M. Marc Keting, s'enthousiasme devant leur projet, le marché pour leur produit étant potentiellement gigantesque.

M. GrosJean, membre d'une famille propriétaire d'une société exploitant une chaîne de restauration rapide très populaire, dispose d'une mise de fonds de 150 000 \$. Mme Petit a, quant à elle, reçu 100 000 \$ lors de la vente de la fruiterie héritée de son oncle. Ils souhaitent détenir le même pourcentage de vote et la même part de participation dans les profits de Maigrepourtoujours inc. (ci-après la « société » ou « Maigrepourtoujours »). De plus, M. GrosJean insiste sur l'importance de reconnaître la valeur des travaux préliminaires effectués par Mme Petit.

Les fondateurs de Maigrepourtoujours ont établi que la somme de 250 000 \$ devrait être suffisante afin d'effectuer les études de marché requises, la vérification du cadre réglementaire applicable aux produits qu'ils désirent développer ainsi que l'achat des produits naturels et du matériel de laboratoire nécessaires aux recherches préliminaires sur le comprimé.

M. GrosJean rencontre par hasard l'un des membres de l'équipe multidisciplinaire avec laquelle vous travaillez régulièrement dans le domaine du financement. Cette équipe est composée d'un comptable, d'un fiscaliste, d'une avocate et d'un professionnel de la recherche de financement. C'est ainsi qu'est confié à votre équipe le mandat de procéder à l'incorporation de Maigrepourtoujours et de suggérer la structure la plus efficace d'injection des capitaux par les fondateurs.

Phase 2 : le démarrage

Un an plus tard, M. GrosJean et Mme Petit vous rencontrent de nouveau. Maigrepourtoujours a besoin d'une urgente injection de fonds, notamment afin de procéder à l'embauche d'une dizaine d'employés. Heureusement, les liquidités à très court terme sont assurées depuis l'encaissement par la société de chèques totalisant 200 000 \$ émis en sa faveur par les riches cousins de M. GrosJean. Mme Petit souligne la générosité de leurs nouveaux investisseurs qui n'ont pas exigé d'établir préalablement les conditions de leur investissement. Tous croient fermement à l'entreprise : ils sont convaincus de tripler leur mise. Ils sont cependant conscients du risque de perdre la totalité de leur investissement.

Les études de marché se sont avérées concluantes et nos entrepreneurs ont identifié quelques produits naturels pouvant entrer dans la composition du comprimé. M. Marc Keting, qui suit l'évolution du projet de très près, leur propose d'investir dans le projet une somme de 75 000 \$ par l'intermédiaire de son régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR »). Ce n'est toutefois pas suffisant. L'entreprise débute la phase de recherche et développement, créant un besoin de capitaux de l'ordre de 1,5 M\$. Le travail d'une dizaine d'employés sur une période de un an sera nécessaire pour développer le comprimé.

Persévérante, Mme Petit a emprunté, au taux de 7 %, une somme de 125 000 \$ afin de la prêter sans intérêt à Maigrepourtoujours. Compte tenu qu'elle souhaiterait sous peu procéder à l'achat d'une nouvelle résidence, elle souligne l'importance pour elle de récupérer cet investissement en tout temps. Mme Petit a également communiqué avec tous les gens d'affaires de la région de Sherbrooke, d'où elle est originaire, afin de solliciter leur participation financière dans l'aventure. C'est ainsi que M. Prosper a accepté de prêter 625 000 \$ à Maigrepourtoujours, dans la mesure où cet investissement est effectué sous la forme d'un prêt garanti.

Les fondateurs aimeraient beaucoup que M. Prosper mette à contribution sa solide expérience afin d'établir les premiers contacts nécessaires à la mise en place d'un réseau de distribution du produit. La société n'a toutefois pas les moyens de se payer les services d'un tel ténor.

Selon M. GrosJean, les 475 000 \$ manquants devraient être dénichés facilement à la suite de la création d'une section « financement recherché » sur le site Web de Maigrepourtoujours.

Compte tenu du peu de capitaux disponibles, les deux fondateurs n'ont pas eu l'occasion de vous consulter sur une base régulière au cours des derniers mois. Ils voudraient cependant que vous analysiez et structuriez les dernières activités de financement de la société.

Phase 3 : la recherche et le développement

Après une autre année de dur labeur, la formule du comprimé (dont le principal ingrédient actif est une algue provenant de la partie sud-est de la mer Morte) est enfin prête. Le résultat est phénoménal. En effet, la composition secrète du comprimé permettra une perte de poids encore plus rapide que ce que vos clients espéraient. Ceux-ci désirent effectuer des recherches plus poussées sur le comprimé. Ces recherches permettront un traitement plus aisé des demandes de licences requises par Santé Canada et la détermination des effets secondaires possibles du comprimé. Afin de remplir tous ces objectifs, un investissement de plus de 4 M\$ sur un an est à prévoir.

M. GrosJean et Mme Petit vous présentent une lettre d'intention de la part de deux institutions de capital de risque se proposant d'investir une somme totale de 2,8 M\$. Une somme additionnelle de 1,2 M\$ sera nécessaire afin de financer les activités de la société pour la prochaine année.

Phase 4 : la production et la mise en marché

Les études cliniques, qui donnèrent tout d'abord du fil à retordre à l'équipe de Maigrepourtoujours, furent ultimement un succès. M. GrosJean et Mme Petit vous font part de la bonne nouvelle : le comprimé est prêt pour la phase de production et de commercialisation. À ces fins, la société entend faire l'acquisition d'un laboratoire opérationnel se conformant aux normes et exigences de Santé Canada.

Cette acquisition permettra à la société de prendre une longueur d'avance sur ses concurrents. Le financement requis à cette étape cruciale du développement de Maigrepourtoujours devra aussi permettre de mettre en œuvre le plan marketing développé par le vice-président marketing, nul autre que M. Marc Keting. Le nouveau vice-président production réclame quant à lui des capitaux qui lui permettront de déposer auprès de Santé Canada des demandes de licences d'exploitation et de mise en marché.

Le laboratoire de Obzité inc., opéré par un ancien professeur de l'Institut canadien de recherche sur l'obésité, est sélectionné par Maigrepourtoujours. Sur les recommandations de son avocate, qui a identifié une poursuite

importante contre Obzité inc., Maigrepourtoujours procédera à l'acquisition des actifs plutôt que des actions de Obzité inc. Le prix de vente exigé par Obzité inc. est de 3 M\$.

Les besoins de capitaux par la société pour cette phase ont été évalués à environ 9,2 M\$. Les dirigeants, votre équipe et les principaux partenaires financiers de la société se rencontrent afin de structurer le financement nécessaire à cette étape.

Phase 5 : expansion du marché

Cinq ans plus tard, Maigrepourtoujours fait les manchettes des journaux québécois. Le succès est fulgurant. Les Québécois ont adopté « MinceTvite ». Les échos de son efficacité se font même entendre chez nos voisins du sud qui envahissent le site de la société avec leurs demandes d'information. Devant ce raz-de-marée américain, le conseil d'administration de la société vote en faveur d'un appel public à l'épargne afin de financer une expansion massive aux États-Unis.

2. L'INCUBATION

M. GrosJean dispose d'une mise de fonds de 150 000 \$. Mme Petit a, quant à elle, reçu 100 000 \$ lors de la vente de la fruiterie héritée de son oncle. Ils souhaitent détenir le même pourcentage de vote et la même part de participation dans les profits de Maigrepourtoujours. De plus, M. GrosJean insiste sur l'importance de reconnaître la valeur des travaux préliminaires effectués par Mme Petit.

Vos clients désirent mettre sur pied l'entreprise afin de débiter au plus tôt les opérations. Il vous faut déterminer la structure juridique de l'entreprise en tenant compte des aspects légaux, fiscaux et financiers. Vous aiderez M. GrosJean et Mme Petit à planifier afin que Maigrepourtoujours ait suffisamment de fonds pour survivre durant la première année.

2.1. LE CHOIX DE LA STRUCTURE JURIDIQUE EXPLOITANT L'ENTREPRISE

Votre équipe doit aider les fondateurs à choisir le véhicule légal le mieux adapté pour l'exploitation de l'entreprise qu'ils vous ont décrite.

2.1.1. Introduction

Au stade embryonnaire de l'entreprise¹, le choix de la structure juridique est primordial. Bien comprendre les règles de droit et les aspects fiscaux applicables aux structures juridiques disponibles vous aidera à guider vos clients vers le choix le mieux adapté à leurs besoins. La présente étude de cas ne traite pas d'entreprise sans but lucratif² ou de l'exploitation d'une entreprise par le biais d'un contrat d'association³ puisque la recherche de profits en vue de les partager est un objectif décrit par l'exposé du cas pratique.

L'exposé des faits indique clairement que la décision d'incorporer l'entreprise est arrêtée. Bien que ce choix soit le plus communément effectué par les entrepreneurs, nous croyons utile de traiter brièvement de l'autre choix qui s'offre aux partenaires de Maigrepourtoujours, soit les sociétés de personnes⁴.

2.1.2. L'exploitation d'une entreprise par une société de personnes

Les sociétés de personnes se forment au moyen de la conclusion d'un contrat écrit ou verbal par deux personnes. Il existe en vertu du *Code civil du Québec* trois types de sociétés de personnes, soit la société en nom collectif,

¹ L'alinéa 3 de l'article 1525 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), définit la notion d'entreprise : « Constitue l'exploitation d'une entreprise l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services. »

² Si le sujet vous intéresse, vous pouvez consulter : Luc MARTEL, *La corporation sans but lucratif du Québec, fiscalité*, vol. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, feuilles mobiles.

³ Art. 2186, al. 2 C.c.Q.

⁴ Nous ne traiterons pas des fiducies commerciales dans le présent texte mais nous vous soulignons qu'il s'agit aussi d'un véhicule possible pour exploiter une entreprise. À cet effet, vous pouvez consulter, entre autres, le texte de André MORRISSETTE et Marie-Josée LAPIERRE, *Utilisation des fiducies dans un contexte commercial*, coll. « Droit spécialisé des contrats », vol. 3, « Les contrats relatifs à l'entreprise », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, pp. 1-96 et prendre connaissance des articles 1260 à 1298 C.c.Q. Par ailleurs, le désir de M. GrosJean et de Mme Petit d'exploiter ensemble l'entreprise exclut la possibilité de l'entreprise d'être exploitée par un propriétaire unique.

la société en commandite et la société en participation⁵. Le *Code civil du Québec* prévoit une multitude de règles générales⁶ et particulières⁷ s'appliquant à chacun des types de sociétés. Malgré ces règles, le contrat de société est roi⁸, sous réserve des règles d'ordre public auxquelles le contrat ne peut déroger⁹. Compte tenu que les règles générales ou particulières régiront la relation entre les associés en cas de silence du contrat de société, la rédaction de celui-ci devient capitale pour refléter adéquatement la relation d'affaires des associés.

Le *Code civil du Québec* prévoit la définition qui suit de la société¹⁰ :

« Le contrat de société est celui par lequel les parties conviennent, dans un esprit de collaboration, d'exercer une activité, incluant celle d'exploiter une entreprise, d'y contribuer par la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activités et de partager entre elles les bénéfices pécuniaires qui en résultent. »

L'article 2221 C.c.Q. prévoit que « À l'égard des tiers, les associés sont tenus conjointement des obligations de la société; [...] ». Cette seule caractéristique encouragera vos clients à s'incorporer afin de bénéficier des avantages de la responsabilité limitée. Les activités visées de l'entreprise de Maigrepourtoujours représentant la fabrication de produits destinés à la consommation, le risque de poursuites de tiers justifiera à lui seul la décision de ne pas utiliser une société de personnes.

Sur le plan fiscal, les associés bénéficient des pertes autres qu'en capital réalisées pendant les premières années d'exploitation d'une société de personnes pour réduire leurs autres revenus. M. GrosJean et Mme Petit nous ont informé qu'à part leur rémunération de Maigrepourtoujours qui ne

⁵ Art. 2188 C.c.Q. Pour une étude plus détaillée du fonctionnement légal des sociétés de personnes, nous vous référons au texte de M^e Micheline THÉRIAULT, *L'entreprise contractuelle*, Collection de droit 2004-2005, vol. 9, Éditions Yvon Blais, 2004, pp. 34 à 81.

⁶ Art. 2186 à 2197 C.c.Q.

⁷ Société en nom collectif : art. 2198 à 2235 C.c.Q.; société en commandite : art. 2236 à 2249 C.c.Q.; société en participation : art. 2250 à 2266 C.c.Q.

⁸ Art. 2187 C.c.Q.

⁹ À titre d'exemple, à moins de stipulation contraire, le contrat de société ne peut pas prévoir que les modifications des termes de celui-ci se fassent à la majorité des associés, art. 2216 C.c.Q. *in fine*; une disposition du contrat de société qui exclut un associé de la participation aux bénéfices de la société est sans effet, art. 2203 C.c.Q.

¹⁰ Art. 2186, al. 1 C.c.Q.

dépassera pas 75 000 \$ annuellement, ils n'auront pas d'autres revenus importants durant les prochaines années. Ils ne pourraient donc pas profiter pleinement des pertes fiscales importantes de Maigrepourtoujours si elle était exploitée en société de personnes.

Il y avait un obstacle important lorsque les opérations de la société de personnes étaient transférées à une société par actions et que l'on voulait par la suite réclamer le congé fiscal de cinq ans pour une nouvelle société au Québec¹¹. L'argument de Revenu Québec étant que la société était la continuité des activités de la société de personnes et que le congé fiscal était perdu. Il fallait donc s'incorporer dès le début des activités. Le congé fiscal pour les sociétés au Québec a été aboli pour les nouvelles sociétés ayant leur premier exercice après le 30 mars 2004¹². Il n'est plus nécessaire de débiter les activités d'une entreprise en société.

Une société de personnes et ses associés qui sont des particuliers n'auront pas de taxe sur le capital ni d'impôt de la Partie I.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹³ à payer. Cela constituerait une économie importante pour Maigrepourtoujours qui sera fortement financée par des dettes et des capitaux propres¹⁴.

Il est possible de transférer les opérations de la société de personnes à une société sans implications fiscales avec un roulement fiscal¹⁵ et de liquider toujours sans implications fiscales la société de personnes. L'inverse n'est toutefois pas possible, la liquidation d'une société dans une société de personnes entraînant des impôts.

2.1.3. L'exploitation d'une entreprise par une société par actions

La décision de procéder à l'incorporation d'une société par actions afin d'exploiter l'entreprise de Maigrepourtoujours est à notre avis inévitable. En effet, compte tenu de la caractéristique de la personnalité juridique distincte

¹¹ *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »), art. 771.5 à 771.11 et 771.1.1.

¹² QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2004-2005, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 30 mars 2004.

¹³ L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »).

¹⁴ Le capital versé de Maigrepourtoujours sera élevé.

¹⁵ Par. 85(1) L.I.R. et art. 518 L.I.

de la société par actions¹⁶, les dirigeants, administrateurs et actionnaires de la société bénéficient d'une responsabilité limitée¹⁷. Il va de soi que cet attribut juridique constitue la pierre angulaire de la recommandation de s'incorporer.

On ne saurait passer sous silence le fait que cette responsabilité limitée puisse être atténuée par la signature de cautionnement personnel des administrateurs ou actionnaires de la société par actions en faveur des institutions financières et de certains fournisseurs. Cette exigence à cautionner les obligations de la société est à prévoir à ce stade de l'exploitation de l'entreprise. Il est certain que le coût d'incorporation et de maintien des sociétés par actions ainsi que les exigences légales concernant notamment la tenue de livres et la production de rapports rebutent certains clients à s'incorporer¹⁸. Toutefois, dans un contexte où vos clients veulent procéder à une recherche de financement, ces coûts deviendront minimes dans la balance des inconvénients.

¹⁶ Pour de plus amples explications, veuillez consulter le texte de l'APFF mis à jour par Nathalie GAGNON et Natasha GIROUARD en juillet 2004, « Incorporation d'une entreprise », dans *Cours – Formation continue – Impôt des sociétés*, série 1, cours 1, Association de planification fiscale et financière, 2004, aux pages 1.16 à 1.18 ainsi que Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec : les aspects juridiques*, vol. I, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, pp. 1-81.

¹⁷ Actuellement, plusieurs dispositions législatives prévoient toutefois une responsabilité personnelle des administrateurs ou dirigeants d'une société. Les dispositions législatives les plus connues sont les paragraphes 1 et 2 de l'article 118 (générale) et 119 (salaires des employés) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »), et les articles 29 (dissolution), 95 (prêt aux actionnaires), 96 (salaires des employés), 123.69 (aide financière aux actionnaires) et 123.71 (dividendes non permis) de la *Loi sur les compagnies* du Québec, L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C.Q. »); l'article 227.1 L.I.R., l'article 24.0.1 de la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31 et mod. (ci-après « L.M.R. ») et l'article 323 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), c. E-15 et mod. Nous vous invitons à consulter le texte de N. GAGNON et N. GIROUARD, *loc. cit.*, note 16, de même que le texte de M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, à son chapitre 24, entre autres.

¹⁸ Pour des informations plus approfondies concernant les caractéristiques de la société par actions ainsi que sur le processus d'incorporation, voir le texte de M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, pp. 3.19 et suiv. Sont également disponibles deux fascicules de M^e Paul MARTEL, dans la collection Aide-mémoire, éditée par Wilson & Lafleur, soit le fascicule 301 *Constitution d'une compagnie provinciale Partie 1A* et le fascicule 302 *Constitution d'une société par actions*. Ces fascicules présentent les renseignements nécessaires pour constituer une société par actions soit au fédéral, soit au Québec.

Le congé fiscal pour les nouvelles sociétés au Québec a été aboli pour les exercices débutant après le 30 mars 2004. Il y a néanmoins plusieurs avantages à utiliser une nouvelle société sur le plan fiscal. Une société pourra bénéficier de la déduction pour petite entreprise¹⁹ et d'un taux d'imposition favorable. La combinaison salaire et dividendes offrira une souplesse pour la rémunération de ses actionnaires dirigeants. Les actionnaires dirigeants pourront également « fractionner » leurs revenus avec les membres de leur famille dans une société.

Lorsque la décision de s'incorporer est prise par les fondateurs de Maigrepourtoujours, vous devez les conseiller sur le choix de la loi constitutive de leur société. Puisque Maigrepourtoujours exploitera ses activités au Québec, deux choix s'offrent à eux, soit la *Loi sur les compagnies* et la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Vous trouverez ci-joint en annexe A un tableau sur les points saillants comparatifs de la *Loi sur les compagnies*, *Partie 1A* et de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*²⁰. En vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, les actionnaires minoritaires disposent de beaucoup plus de recours qu'en vertu de la *Loi sur les compagnies*. Cette caractéristique de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* sera à privilégier lorsque vous représentez les intérêts d'un actionnaire minoritaire et à proscrire dans le cas où vous représentez les intérêts d'un actionnaire majoritaire. M. GrosJean et Mme Petit doivent réaliser que tout au cours de l'existence de Maigrepourtoujours, ils risquent de se retrouver dans les deux situations. Comme actionnaires majoritaires au début de cette aventure aux prises avec des actionnaires minoritaires puisqu'ils devront, entre autres, intéresser des employés-clés et comme actionnaires minoritaires puisque le développement de Maigrepourtoujours inc. nécessitera du financement externe pour réaliser ses objectifs ce qui risque de les diluer de façon significative.

Vous soulignerez à M. GrosJean et Mme Petit l'exigence en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* que le quart des administrateurs soit des résidents canadiens²¹. Cette exigence peut devenir problématique lorsque la société est vendue à des intérêts étrangers ou que les membres du conseil d'administration ne sont pas résidents canadiens.

¹⁹ Voir la discussion à la section 2.4.1.1. du présent texte.

²⁰ Ce tableau provient du texte de M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, pp. 3.23-3.27.

²¹ Par. 105(3) L.C.S.A.

Ces caractéristiques font en sorte que les fondateurs de Maigrepourtoujours ont opté pour la *Loi sur les compagnies*.

2.2. TYPE D'INVESTISSEMENT PAR LES INDIVIDUS

Il faut ensuite déterminer la façon d'investir le capital de départ de M. GrosJean et Mme Petit dans la société. À ce stade de développement de la société, trois façons d'investir peuvent être envisagées : le prêt, la souscription d'actions participantes ou la souscription d'actions privilégiées.

2.2.1. Prêt

Nous ne recommanderons pas que la première mise de fonds de M. GrosJean et Mme Petit soit effectuée sous la forme d'un prêt. En effet, cet investissement n'est pas un financement à court terme et les états financiers de départ de cette entreprise devront démontrer le moins de dettes possible afin de la rendre attrayante pour les financements futurs. Au surplus, tel qu'il est indiqué à la section 2.6., certaines subventions gouvernementales exigent que les actionnaires assurent une certaine capitalisation de la société sous forme de souscription à des actions ou à des titres convertibles en actions. Votre équipe pourrait être tentée, puisque l'investissement de départ n'est pas le même de la part de M. GrosJean et de Mme Petit, de leur suggérer de conclure un prêt d'un montant de 50 000 \$ entre M. GrosJean et la société. Toutefois, nous privilégierons une autre approche pour régler cette différence d'apport entre les deux fondateurs que nous discuterons à la section 2.2.3.

2.2.2. Actions privilégiées

En ce qui concerne la capitalisation de la société par voie de souscription d'actions privilégiées, comme celles-ci constituent des actions de financement, elles seraient comptabilisées aux états financiers comme de la dette²². Pour les raisons mentionnées au paragraphe précédent, nous ne recommanderons pas à M. GrosJean et Mme Petit de souscrire à ce type d'actions.

²² Voir INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Manuel de l'ICCA*, vol. I, Toronto, ICCA, chapitre 3860, « Instruments financiers – Informations à fournir et présentation » (ci-après « *Manuel de l'ICCA* »).

La société pourrait toujours choisir de se prévaloir des règles contenues au chapitre 1300, « Information différentielle », du *Manuel de l'ICCA*²³ et ainsi se soustraire à l'application de la comptabilisation des actions privilégiées à titre de dette. Maigrepourtoujours n'aura pas vraiment cette prérogative puisque ses états financiers seront distribués à ses créanciers. Les emprunteurs n'accepteront pas de tels états financiers.

Sur le plan fiscal, le paiement de dividendes aux détenteurs des actions privilégiées pourrait entraîner l'impôt de la Partie VI.1 L.I.R. Le taux d'impôt de la Partie VI.1 L.I.R. varie selon les circonstances de 25 % à 50 % des dividendes versés²⁴. Une exemption pouvant aller jusqu'à 500 000 \$ par année d'imposition pour un groupe de sociétés associées s'applique lors du paiement de dividendes²⁵. Aucun impôt de la Partie VI.1 L.I.R. n'est payable lorsqu'un actionnaire, soit un particulier ou une société, détient une participation importante²⁶ et reçoit un dividende sur les actions privilégiées. Un actionnaire détient une participation importante lorsqu'il est lié à la société ou qu'il détient 25 % ou plus de chaque catégorie d'actions.

Dans le contexte où Maigrepourtoujours ne paiera pas de dividendes durant ses premières années d'exploitation, l'impôt de la Partie VI.1 L.I.R. ne sera pas une préoccupation.

2.2.3. Actions participantes

Nous recommanderons donc à M. GrosJean et Mme Petit de souscrire à un nombre égal d'actions leur procurant le droit de vote, le droit de se partager le reliquat et le droit de recevoir des dividendes. Compte tenu que la mise de fonds de chacun des fondateurs dans Maigrepourtoujours n'est pas la même (100 000 \$ pour Mme Petit et 150 000 \$ pour M. GrosJean), votre équipe leur suggère de souscrire à un même nombre d'actions de deux catégories d'actions participantes différentes à dividendes discrétionnaires. Cette façon de procéder répondra premièrement à leur exigence de départ de détenir le même nombre de vote et la même part de participation dans les profits de la société; deuxièmement, ne diluera pas le capital versé des

²³ *Id.*, par. 3860.96.

²⁴ Par. 191.1(1) L.I.R.

²⁵ Par. 191.1(2) L.I.R.

²⁶ Par. 191(2) L.I.R.

actions ordinaires de M. GrosJean en faveur de Mme Petit²⁷ et finalement, conservera suffisamment de flexibilité pour que l'on puisse verser, si besoin il y a, un dividende différent sur les actions participantes détenues par chacun de nos deux fondateurs.

2.3. DÉTERMINATION DU MODE DE DÉTENTION DES ACTIONS PAR LES INDIVIDUS

Divers modes de détention des actions de Maigrepourtoujours s'offrent à M. GrosJean et Mme Petit soit, personnellement, par l'intermédiaire d'une société de gestion ou en utilisant une fiducie.

2.3.1. Détention directe

La détention des actions de la société personnellement par les individus est la structure la plus simple et donc la moins coûteuse. Il sera toujours possible pour les individus de transférer leurs actions à une société de gestion par la suite sans impact fiscal. Puisque tout démarrage d'entreprise est risqué, pourquoi mettre sur pied une structure complexe quand on ne sait pas si l'entreprise va survivre?

2.3.2. Détention par l'intermédiaire d'une société de gestion

Il est plus simple de structurer la détention des actions avec une société de gestion dès le début, sinon il faudra faire une évaluation de la juste valeur marchande (ci-après « JVM ») des actions pour faire un transfert des actions des particuliers à une société de gestion. Ce sont des transactions qui sont coûteuses quand la société est en exploitation depuis un certain temps.

Une société de gestion pourra être utilisée pour « purifier » une société opérante ou mettre des biens à l'abri des créanciers. Maigrepourtoujours n'aura pas de surplus de liquidités avant quelques années. Maigrepourtoujours aura des besoins importants de financement, il serait surprenant que des biens se trouvant dans la société de gestion puissent être soustraits des créanciers de la société opérante. À court terme, une société de gestion n'est pas nécessaire.

²⁷ Le capital versé d'une catégorie d'actions est calculé en fonction du nombre d'actions en circulation, soit une moyenne. Il y a dilution du capital versé lorsque deux personnes souscrivent pour un même nombre d'actions en déboursant un montant différent.

2.3.3. Détention par l'intermédiaire d'une fiducie familiale

Une fiducie familiale permet un certain fractionnement du revenu entre les membres d'une famille. Il est par exemple possible de multiplier la déduction pour les gains en capital sur les actions admissibles de petite entreprise (ci-après « AAPE »). Une fiducie permettra également de protéger les actifs des actionnaires puisque les actions de la société se retrouveront dans un patrimoine distinct.

Nous savons qu'il y aura plusieurs modifications à l'actionnariat de Maigrepourtoujours durant les premières années d'exploitation. Une fiducie familiale serait un actionnaire additionnel avec lequel il faudrait composer à chaque fois qu'il y aurait des transactions sur les actions. Le processus transactionnel ainsi que les négociations en découlant seraient alourdis.

M. GrosJean et Mme Petit n'ayant pas d'enfants pour l'instant, la fiducie familiale peut donc être mise en veilleuse.

2.4. IMPACTS FISCAUX DES LIENS ENTRE SOCIÉTÉS

Votre équipe devra examiner les règles sur les sociétés associées et liées et s'assurer de bien cerner les effets qu'elles auraient ou pourraient avoir sur Maigrepourtoujours.

2.4.1. Règles sur les sociétés associées

Il faut analyser les règles sur le contrôle de droit, de fait et économique ainsi que les règles qui se retrouvent à l'article 256 L.I.R. pour déterminer si deux sociétés sont associées l'une à l'autre. Le contrôle de droit n'est pas défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il faut par conséquent s'en remettre à la jurisprudence. Le contrôle de fait et le contrôle économique sont quant à eux définis dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'alinéa 256(1.2)c) L.I.R. stipule que le contrôle économique est celui qui confère une portée plutôt large à cette notion en établissant ce qui suit : un groupe de personnes est réputé contrôler une société dont il détient des actions correspondant à plus de 50 % de la JVM de toutes les actions émises et en circulation de la société. Les membres du groupe n'ont pas à être liés entre eux²⁸. Le contrôle de fait s'exerce lorsqu'une société, une personne ou un

²⁸ Si vous désirez approfondir ces notions, voir Guy LAPERRIÈRE et Yanick HOULE, « Sociétés associées : contrôle direct ou indirect », (2002), vol. 23, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 239-324.

groupe de personnes a une influence directe ou indirecte sur une autre société²⁹. L'expression contrôlée « directement ou indirectement de quelque manière que ce soit » réfère au contrôle de fait³⁰.

Les références qui suivent dénotent des situations où la notion de société associée a des implications :

- paragraphe 18(2.3) L.I.R. : répartition de la « déduction de base » concernant les intérêts et les impôts fonciers entre sociétés associées dont l'activité d'entreprise principale consiste à louer ou à vendre des biens immeubles dont elles sont propriétaires; cette situation n'est pas applicable pour Maigrepourtoujours;
- paragraphe 37(9.3) L.I.R. : répartition du montant maximal qui peut être déduit au titre du traitement ou du salaire d'un particulier selon les divisions 37(8)a)(ii)(A) et 37(8)a)(ii)(B) L.I.R.;
- paragraphe 125(3) L.I.R. : répartition du « plafond des affaires » de 250 000 \$ à compter du 1^{er} janvier 2004 qui passera à 300 000 \$ à compter du 1^{er} janvier 2005 pour l'application de la déduction accordée aux petites entreprises (ci-après « DPE »);
- paragraphe 127(10.2) L.I.R. : répartition de la « limite de dépenses » de 2 M\$ aux fins du crédit d'impôt à l'investissement (ci-après « CII ») majoré de 35 % relatif aux dépenses admissibles de recherche et développement, voir la modification au Budget fédéral 2004³¹;
- paragraphe 129(6) L.I.R. : caractérisation du revenu de placement provenant d'une société associée en revenu provenant d'une entreprise exploitée activement;
- paragraphe 191.1(3) L.I.R. : répartition de l'« exemption pour dividendes » applicable à l'encontre de l'impôt spécial de la Partie VI.1 L.I.R. relatif aux dividendes versés sur des actions privilégiées imposables.

²⁹ Par. 256(5.1) L.I.R.

³⁰ Par. 256(1) L.I.R.

³¹ Voir la section 4.4.1. à cet effet.

Une fois ces constatations établies, tentons de mesurer l'impact financier de celles-ci advenant le cas où Maigrepourtoujours serait aux prises avec des sociétés associées.

2.4.1.1. DPE

La DPE entraînerait une économie d'impôts de 22 500 \$ pour l'année 2004 et de 27 000 \$ pour les années 2005 et suivantes. Toutefois, Maigrepourtoujours n'ayant pas de revenu imposable durant ses premières années d'exploitation, la répartition de la DPE ne toucherait pas Maigrepourtoujours.

2.4.1.2. Déduction au paragraphe 37(9.3) L.I.R.

Le paragraphe 37(9.3) L.I.R. établit une limite de salaires pour les employés déterminés³² dans le cas où leurs salaires seraient payés par des sociétés associées. Le plafond est égal à cinq fois le maximum des gains annuels ouvrant droit à la pension, établi selon l'article 18 de la *Loi sur le régime de pensions du Canada*³³. Ce plafond est amplement suffisant compte tenu des salaires qui seront payés aux actionnaires fondateurs de Maigrepourtoujours. En effet, peu de partenaires financiers accepteraient de verser aux actionnaires fondateurs un salaire annuel de plus de 100 000 \$ lors des premières années d'exploitation.

2.4.1.3. Partie I.3 L.I.R.

En vertu de l'impôt de la Partie I.3 L.I.R., les sociétés ont droit à un abattement de capital de 50 M\$³⁴ pour les années qui prennent fin après 2003 (elles avaient droit à 10 M\$ avant³⁵), lequel doit être partagé entre les sociétés qui sont liées. Toutefois, une société privée sous contrôle canadien (ci-après « SPCC ») et une autre société ne doivent partager ce plafond que si elles sont aussi associées³⁶. Comme les formes de contrôle à considérer aux fins de la notion de personnes liées sont plus restreintes que pour la notion d'association, moins de situations feront en sorte que l'abattement

³² Selon la définition prévue au paragraphe 248(1) L.I.R.

³³ L.R.C. (1985), c. C-8. Pour 2004, le maximum des gains annuels s'établit à 40 500 \$.

³⁴ Par. 181.5(2), 181.5(3) et 181.5(4) L.I.R.

³⁵ Par. 181.5(4) L.I.R.

³⁶ Par. 181.5(7) L.I.R.

devra être partagé. En effet, seuls le contrôle de droit et le contrôle réputé³⁷ sont à considérer pour déterminer si des sociétés sont liées. Pour ce qui est de l'abattement, le contrôle réputé de l'alinéa 251(5)b) L.I.R. ne doit pas être considéré, car les sociétés seront réputées non liées aux fins de ce partage³⁸. De plus, la société sera liée à toutes les sociétés qui sont aussi liées à l'investisseur de contrôle³⁹. Précisons par ailleurs qu'il n'y a pas de mesures d'assouplissement, comme celles prévues pour les sociétés associées, en ce qui a trait aux sociétés liées par le législateur québécois. Donc, en résumé, le partage devra être fait avec l'investisseur s'il a le contrôle de droit de la société ainsi qu'avec les sociétés liées à l'investisseur. La perte de l'abattement de 50 M\$ peut entraîner un impôt supplémentaire de 100 000 \$ pour l'année 2004.

Les taux de l'impôt de la Partie I.3 L.I.R. vont passer progressivement de 0,200 % en 2004 à 0 % en 2008⁴⁰. L'impôt de la Partie I.3 L.I.R. n'apparaît donc pas comme un fardeau pour Maigrepourtoujours, et ce, en se basant sur l'évolution de son bilan en annexe.

2.4.1.4. Situations de la Loi sur les impôts où la notion de sociétés associées a des implications

Les crédits d'impôt du Québec fonctionnent sur la base des sociétés associées.

Prenons le crédit d'impôt pour la recherche scientifique et le développement expérimental (ci-après « RS & DE »), le taux du crédit est réduit de 35 % à 17,5 % de façon dégressive lorsque le total de l'actif des sociétés associées augmente de 25 M\$ à 50 M\$.

Mentionnons que dans la composition d'un groupe de sociétés associées, lorsqu'il est question de déterminer l'importance de ce groupe aux fins de mesures d'aide fiscale comme le crédit RS & DE, Revenu Québec considère les sociétés associées sur une base mondiale. Il ne considère pas seulement les sociétés canadiennes ou les sociétés admissibles au crédit.

³⁷ Al. 251(5)b) L.I.R.

³⁸ Par. 181.5(6) L.I.R.

³⁹ Par. 251(3) L.I.R.

⁴⁰ Par. 181.1(1) L.I.R.

2.4.1.5. CII remboursable pour RS & DE – Limite de dépenses

Les SPCC peuvent bénéficier d'un taux bonifié de 35 % au lieu du taux général corporatif de 20 %. La fraction inutilisée du CII peut donner droit à un remboursement annuel pouvant atteindre 700 000 \$. La limite des dépenses de RS & DE s'établit à 2 M\$ et donne droit à un taux de 35 %, sous réserve d'une réduction lorsque le revenu imposable de la société dépasse 300 000 \$ ou que son capital imposable est supérieur à 10 M\$. Les 2 M\$ doivent être partagés entre les sociétés associées et les limites sur le revenu imposable et le capital imposable sont calculées globalement pour les sociétés associées. Les règles sur les sociétés associées sont suffisamment larges pour que des SPCC qui relèvent du même groupe de personnes soient considérées être associées⁴¹.

2.4.1.6. Québec – Allègement pour les sociétés associées

Le ministère des Finances du Québec a annoncé à la fin de l'année 2000 des assouplissements des règles relatives aux sociétés associées dans les *Bulletins d'information* 2000-9 et 2000-10⁴². Les assouplissements dans le *Bulletin d'information* 2000-9 portent sur les règles d'association des sociétés lorsque leur association résulte d'une participation financière, soit lors de l'achat d'actions du capital-actions de ces sociétés par des entités prescrites. Nous discuterons de l'allègement à la section 4.4.2.

2.4.1.7. Investissement initial par M. GrosJean et Mme Petit

M. GrosJean et Mme Petit n'ont aucun lien de dépendance⁴³, ils sont seulement partenaires en affaires au début de cette aventure.

Nous avons appris que M. GrosJean détenait également 20 % des actions votantes et participantes de la société familiale qui exploite une chaîne de restauration rapide (ci-après « Restaurapco »). Maigrepourtoujours et Restaurapco ne seront cependant pas associées⁴⁴ pour l'instant.

⁴¹ Al. 256(1.2)c) L.I.R.

⁴² QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2000-9, « Prolongation d'un an des avantages fiscaux relatifs aux actions accréditatives et assouplissement des règles relatives aux sociétés associées », 17 novembre 2000; *Bulletin d'information* 2000-10, « Ajustements à la politique fiscale relative aux entreprises », 21 décembre 2000.

⁴³ Par. 251(1) L.I.R.

⁴⁴ Art. 256 L.I.R.

En effet, M. GrosJean détiendra 50 % des actions votantes et participantes de Maigrepourtoujours, il ne contrôlera donc pas la société.

2.4.2. Sociétés liées

Les règles sur les sociétés liées sont une préoccupation supplémentaire qu'il faudra avoir tout au long des différentes phases de développement de la société parce que le contrôle *de jure* de Maigrepourtoujours pourra changer à la suite des multiples transactions touchant l'actionnariat. Il faudra considérer de quelle façon le paragraphe 251(2) L.I.R. pourrait s'appliquer pour que Maigrepourtoujours soit liée à une autre société. La *Loi de l'impôt sur le revenu* va même plus loin en utilisant la notion de « lien de dépendance »⁴⁵ qui est plus étendue que la seule notion d'être lié puisque sa détermination est aussi basée sur une question de fait.

Ainsi, les transactions entre deux sociétés sans lien de dépendance doivent s'effectuer à la JVM en vertu du paragraphe 69(1) L.I.R. Il y a d'autres applications de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour des personnes sans lien de dépendance, mais nous nous limiterons aux transactions à la JVM. Ce n'est pas problématique dans le sens où une société de capital de risque (ci-après « SCR ») ou toute autre société qui prendrait le contrôle de Maigrepourtoujours devrait traiter avec celle-ci à la JVM.

M. GrosJean et Mme Petit ne sont pas liés entre eux au début de Maigrepourtoujours. Ils ne sont pas liés à Maigrepourtoujours puisque aucun des deux ne la contrôle. Tant que M. GrosJean et Mme Petit contrôleront Maigrepourtoujours et qu'ils ne feront pas d'investissement ensemble dans d'autres sociétés, Maigrepourtoujours ne devrait pas être liée à d'autres sociétés.

2.5. L'IMPORTANCE DE LA CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES

À titre de conseiller, l'un des éléments importants de votre travail auprès de clients qui désirent incorporer leur entreprise est de leur faire réaliser l'importance d'une convention entre actionnaires. Évidemment, compte tenu de l'énergie nécessaire et des frais reliés au démarrage d'une entreprise, les entrepreneurs, dans bien des cas, ne priorisent pas la mise en place d'une convention entre actionnaires. Toutefois, il est primordial selon nous qu'une convention entre actionnaires soit conclue dès les débuts des activités de cette société. En effet, bien que les lois corporatives prévoient une multitude

⁴⁵ Par. 251(1) L.I.R.

de règles régissant l'actionnariat d'une société, celles-ci demeurent silencieuses sur plusieurs sujets dont le transfert des actions, le traitement des actions en cas de décès d'un actionnaire et le retrait d'un actionnaire de la société.

De plus, au début d'une relation entre partenaires, les discussions sur les différents points que nous allons mentionner un peu plus loin s'avèrent un exercice des plus constructifs. Ces discussions permettent aux entrepreneurs de constater si leur valeur, leur vision de l'avenir du projet et leur culture d'entreprise se rejoignent.

Bien entendu, un tel contrat ne saurait servir les intérêts des actionnaires que si celui-ci est rédigé dans des termes clairs, simples et adaptés à leur réalité. Il faut également toujours garder à l'esprit que cette convention entre actionnaires ne sera utile qu'en cas de désaccord entre les partenaires ou lorsqu'un tiers est impliqué.

Au surplus, vous devrez être créatif dans l'approche des enjeux propres à vos clients et ne pas vous fier uniquement sur les précédents que vous possédez. La convention entre actionnaires est le seul contrat que les partenaires signeront qui traitera de leur relation d'affaires et du fonctionnement de leur société. Sur la base de cette prémisse, il est crucial que cette convention soit adaptée aux besoins immédiats des partenaires sans qu'elle soit basée sur une seule réalité, l'empêchant ainsi d'évoluer dans le temps.

Les objectifs principaux auxquels la convention entre actionnaires devrait répondre dans le présent contexte⁴⁶, soit deux actionnaires détenant 50 % chacun des actions votantes et participantes de Maigrepourtoujours sont :

- éviter tout transfert d'actions de la société à un tiers;
- assurer aux deux partenaires le maintien de leur pourcentage respectif dans l'actionnariat;

⁴⁶ Compte tenu des faits en cause, nous ne traiterons que des aspects d'une convention entre actionnaires applicables à une société fermée au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec, L.R.Q., c. V-1.1 (ci-après « L.V.M.Q. »).

- stipuler des façons de se sortir de situations d'impasse (n'oublions pas que nos fondateurs détiennent des actions votantes en parts égales et donc le risque d'impasse est élevé);
- assurer aux actionnaires ou à la société la possibilité d'exclure un actionnaire indésirable (la succession du défunt, un syndic à la faillite, le représentant légal de l'actionnaire en cas d'incapacité, etc.), tenant pour acquis que le travail de M. GrosJean et Mme Petit est essentiel au développement de la société.

Avant de débiter l'analyse des diverses clauses de convention entre actionnaires que nous considérons essentielles lorsque vous êtes en présence d'un actionariat 50/50, certaines mises en garde quant aux conséquences fiscales qui peuvent être provoquées par la signature d'une telle convention entre actionnaires doivent être portées à votre attention.

La Cour suprême s'est prononcée dans l'arrêt *Duha Printers (Western) Ltd. c. La Reine*⁴⁷ sur la possibilité de se référer à une convention unanime d'actionnaires pour déterminer si une personne contrôle (contrôle *de jure*) une société. Donc, s'il fallait que M. GrosJean ou Mme Petit contrôle (*de jure*) Maigrepourtoujours compte tenu d'une clause de la convention entre actionnaires, les règles sur les sociétés liées et associées pourraient s'appliquer⁴⁸ et avoir des conséquences coûteuses pour Maigrepourtoujours.

2.5.1. L'interdiction de transfert des valeurs mobilières

Une des dispositions les plus importantes dans une convention entre actionnaires est sans doute l'interdiction, soumise à certaines exceptions, de vendre, de transférer ou de disposer de quelque façon que ce soit des actions de la société⁴⁹ incluant, sans restreindre ce qui précède, d'octroyer des sûretés sur ces actions. Les partenaires se sont choisis mutuellement afin de démarrer une entreprise et de la faire évoluer selon les forces et les faiblesses de chacun. Il est important pour préserver cet équilibre qu'aucun d'eux ne se fasse imposer un tiers comme coactionnaire. Cette clause d'interdiction de cession doit être construite comme étant un principe général et tout transfert

⁴⁷ 98 D.T.C. 6334 (C.S.C.).

⁴⁸ Voir la discussion à la section 2.4.1. sur les règles d'association.

⁴⁹ Nous comprenons dans la notion d'actions de la société tous les titres émis par la société qui sont convertibles en actions de celle-ci.

d'actions ne peut être effectué qu'avec le consentement des autres actionnaires et qu'en conformité avec d'autres dispositions de la convention entre actionnaires. Il faut toutefois prévoir dans la convention entre actionnaires des dispositions qui encadrent un transfert possible des actions de la société puisqu'une interdiction complète serait considérée comme invalide par la loi⁵⁰.

Nous privilégions toutefois que cette clause d'interdiction de transfert permette la cession des actions détenues par un actionnaire à une société de gestion ou à une fiducie qu'il contrôle⁵¹ afin que chacun des partenaires ait la flexibilité d'effectuer une planification fiscale sans avoir à obtenir le consentement de son coactionnaire. Il faudra aussi s'assurer que bien que cette flexibilité existe, les partenaires ne pourront contourner l'interdiction de transfert de façon indirecte. Ils devront donc maintenir un contrôle de leur fiducie ou de leur société de gestion en tout temps, sinon la disposition du droit de premier refus que nous verrons ci-après trouvera sa pleine application.

2.5.2. Droit de premier refus ou pacte de préférence

Le droit de premier refus ou pacte de préférence est un droit accordé aux actionnaires de la société d'acquérir des actions d'un autre actionnaire désireux d'accepter une offre de bonne foi de la part d'un tiers visant la totalité ou une partie des actions qu'il détient dans la société, et ce, aux mêmes termes et conditions que ceux prévus à l'offre du tiers.

Une clause de droit de premier refus bien rédigée doit définir clairement ce que l'on entend par offre de bonne foi. La plupart des conventions prévoient que cette offre doit être écrite, pour une période d'au moins 60 jours, formulée par un tiers qui n'est pas un compétiteur de la société et n'être effectuée que pour une considération financière.

Le délai d'exercice du droit de premier refus par les actionnaires de la société est aussi un élément primordial. Effectivement, donner trop de délai aux autres actionnaires pour lever ou non leur droit de premier refus peut être fatal pour l'offre reçue de l'actionnaire qui veut vendre ses actions. D'un

⁵⁰ M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 16.

⁵¹ Nous entendons par contrôle de la fiducie que l'actionnaire soit le premier fiduciaire, donc le fiduciaire qui a le pouvoir de nommer d'autres fiduciaires de son vivant. Il ne s'agit pas d'une définition légale mais plutôt d'une définition retrouvée généralement dans des conventions entre actionnaires.

autre côté, accorder un délai trop court revient à annihiler le but de cette disposition en ne permettant pas aux autres actionnaires de trouver le financement nécessaire afin d'acquérir les actions de l'actionnaire désirant quitter la société.

Comme ce mécanisme est accordé à tous les actionnaires de la société, il est nécessaire de prévoir que ce droit soit exercé au prorata des actions qu'ils détiennent dans celle-ci⁵². Ce mécanisme devrait s'appliquer le nombre de fois nécessaire afin que toutes les actions offertes trouvent preneur ou que l'on puisse conclure que les actionnaires refusent de procéder à l'acquisition des actions restantes. Advenant la survenance de cette dernière éventualité, l'actionnaire-vendeur pourra vendre ses actions au tiers à l'intérieur d'un délai fixé par la convention selon les mêmes termes et conditions prévus à l'offre qui a été soumise à ses coactionnaires.

Il est important de préciser que malgré le fait que l'actionnaire-vendeur puisse transférer ses actions au tiers, d'autres dispositions pourront s'appliquer lorsque nous sommes en présence d'actionnaires majoritaires ou minoritaires, soit le droit d'entraînement renversé (appelé aussi le droit de suite) dont nous traiterons à la section 3.2.2. du présent texte.

Une disposition déterminant un prix pour la transaction peut être ajoutée à l'occasion afin de dissuader un actionnaire de quitter le « navire ». Effectivement, la clause de droit de premier refus pourrait être modulée en indiquant que le prix auquel les actionnaires pourront négocier dans le droit de premier refus est le moindre du prix fixé par le tiers dans son offre et celui déterminé entre les actionnaires. Ceci vise notamment à négocier entre actionnaires à une valeur établie d'avance.

2.5.3. Droit de préemption

Le droit de préemption (ou droit de souscription préférentiel) est un droit accordé aux actionnaires qui permet d'une part d'éviter une dilution de leur participation ou de leur droit de vote dans la société et d'autre part de favoriser le financement de la société à l'interne au lieu de recourir à des tiers. Ce droit de préemption permet donc aux actionnaires en bénéficiant de souscrire à un nombre d'actions lorsqu'une émission d'actions ou de titres convertibles de la société est projetée, habituellement à la proportion de

⁵² Dans certaines situations, il y aura lieu d'accorder un droit de premier refus prioritaire à certains actionnaires. Dans le cas qui nous concerne, cette variation n'a pas d'application.

chacun dans le capital-actions de la société. De plus, si un des actionnaires refuse d'exercer son droit, les autres actionnaires pourront, au prorata de leur détention relative, procéder à la souscription d'actions additionnelles pour un nombre correspondant à celui que l'actionnaire aura refusé d'exercer.

Cette disposition souffre, dans la plupart des situations, de certaines exceptions dont l'émission d'actions en faveur d'employés clés pour un nombre déterminé d'actions (par exemple, 15 % du capital social émis et en circulation de la société) et l'émission d'actions lorsque certains titres convertibles déjà émis lors de la signature de la convention entre actionnaires sont exercés. Compte tenu de l'actionnariat actuel de Maigrepourtoujours, cette protection n'aura pas d'application immédiate puisque étant les seuls administrateurs, M. GrosJean et Mme Petit devront s'entendre sur l'émission d'actions de la société.

2.5.4. Financement de la société

En plus du droit de préemption, il est fréquent de retrouver dans une convention entre actionnaires une disposition traitant de l'apport de capitaux par les actionnaires. Cette clause peut prendre différentes formes dont notamment l'obligation pour chacun des partenaires d'injecter des sommes additionnelles lorsque la société en a besoin ou de garantir personnellement des emprunts de la société lorsque exigés par les prêteurs institutionnels, et ce, au prorata de la détention d'actions dans le capital de la société. Il faut toujours être prudent avant de décider d'insérer une telle clause dans une convention entre actionnaires, et ce, afin de ne pas provoquer un effet désastreux pour l'actionnaire qui n'aurait pas la capacité financière de respecter ses obligations. On peut d'ailleurs tempérer le caractère obligatoire d'une telle disposition en prévoyant plutôt que si un actionnaire décide d'injecter plus de capitaux dans la société que son partenaire, il le fera sous la forme de prêt portant intérêt à un taux compétitif avec le marché.

2.5.5. Administration

Dans le cas qui nous occupe, les clauses relatives à la composition du conseil d'administration sont de moindre importance puisque les actionnaires détiennent le même pourcentage de vote lors de l'élection des administrateurs de la société. Toutefois, afin d'éviter une situation d'impasse, il peut être prudent de mentionner dans la convention entre actionnaires que M. GrosJean et Mme Petit pourront chacun nommer un représentant au conseil. Compte tenu de l'importance de l'apport de chacun des actionnaires dans le plan d'affaires de Maigrepourtoujours, il est possible d'exiger que chacun des actionnaires se nomme personnellement comme

étant son représentant au conseil. Les actionnaires s'engagent donc d'avance à voter leurs actions en vue de réaliser cet objectif.

De façon concrète, cela signifie que toutes les décisions à prendre dans le cadre des activités de Maigrepourtoujours devront l'être de façon unanime par M. Grosjean et Mme Petit.

De plus, les actionnaires actuels pourraient s'engager d'avance à nommer un troisième administrateur qui possède une expérience pertinente dans le domaine d'activité de Maigrepourtoujours. Si telle était leur décision, il serait important de protéger nos deux fondateurs par la mise en place d'un droit de veto sur des décisions importantes⁵³. La prise de décision au niveau du conseil d'administration est effectuée à la majorité des voix exprimées par les administrateurs, chacun disposant d'une voix⁵⁴, il est important d'envisager cette protection.

De plus, lorsque vous conseillez à votre client d'ajouter à la convention entre actionnaires un droit de gestion contrôlé sur certaines décisions par le biais d'un droit de veto, cette disposition peut avoir des considérations fiscales importantes sur l'entreprise. En effet, une clause d'administration dans une convention unanime entre actionnaires pourrait donner le contrôle de droit ou le contrôle de fait à un des actionnaires⁵⁵. Ce sont les règles sur les sociétés associées et liées qui pourraient s'appliquer avec les conséquences que nous avons expliquées⁵⁶.

2.5.6. Expulsion d'un actionnaire

Une des considérations les plus importantes d'une relation viable entre deux actionnaires démarrant une entreprise est leur apport quotidien à la réalisation des objectifs. Le plan d'affaires de Maigrepourtoujours est basé sur le fait que M. Grosjean et Mme Petit travailleront personnellement et à temps plein au projet Maigrepourtoujours. Une clause de retrait des affaires ou d'expulsion d'un actionnaire dans ce type de partenariat prévoit qu'un actionnaire ne respectant pas cet engagement, un actionnaire « délinquant », sera forcé de vendre ses actions soit à ses coactionnaires, soit à la société, à

⁵³ Voir à cet effet la section 4.1.4.3. qui traite des droits de veto.

⁵⁴ Par opposition à l'assemblée des actionnaires où chaque action donne droit à un vote.

⁵⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-64R4, « Association et contrôle », 26 juin 2001, par. 13 et 18.

⁵⁶ Voir les sections 2.4.1. et 2.4.2.

la demande de l'un ou l'autre de ceux-ci, notamment lors de la réalisation d'un des événements décrits ci-dessous :

- i) si l'actionnaire « délinquant » est déclaré failli, fait cession volontaire de ses biens ou requiert l'application des dispositions d'une loi visant la protection des personnes insolvables;
- ii) si l'actionnaire « délinquant » est condamné pour vol, fraude ou détournement de fonds à l'endroit de la société;
- iii) si les actions détenues par l'actionnaire « délinquant » sont saisies et que cette procédure n'est pas contestée dans un délai raisonnable par celui-ci ou advenant que ces actions fassent l'objet d'une vente en justice;
- iv) si l'actionnaire « délinquant » contrevient à ses engagements de non-concurrence, de non-sollicitation et de confidentialité;
- v) si l'actionnaire « délinquant » refuse, néglige ou omet, sans raison valable, pendant une période de temps déterminée par les parties, et ce, de façon consécutive, de consacrer tous ses efforts et énergie à l'exploitation de la société ou qu'il démissionne de son emploi à la société;
- vi) si l'actionnaire « délinquant » souffre d'invalidité⁵⁷;
- vii) si, dans le cas où l'actionnaire « délinquant » est une société, elle est liquidée ou dissoute ou qu'un tiers est nommé pour administrer les biens de la société;
- viii) si l'actionnaire « délinquant » contrevient aux termes de la convention entre actionnaires.

Il est important de noter que le décès sera traité à la section 2.5.8. du présent texte puisque dans la plupart des cas, cette disposition est traitée

⁵⁷ L'invalidité doit être définie dans la convention, puisque la notion d'invalidité peut être extrêmement subjective. Voici un exemple de définition que l'on retrouve : l'invalidité peut signifier lorsqu'il a été ou qu'il est raisonnable de conclure qu'il sera, en raison d'une maladie physique ou mentale, dans l'impossibilité d'accomplir adéquatement les tâches importantes inhérentes à ses fonctions au sein de la société pour une période totalisant 12 mois au cours d'une période continue de 18 mois ou pour une période de 12 mois consécutifs.

séparément de l'expulsion d'un actionnaire. Dans le cas d'un actionnariat à 50/50, la rupture du lien d'emploi (autre que la démission de l'actionnaire visé) ne sera pas une cause de retrait des affaires. Puisque l'ensemble des décisions est pris à deux, il serait difficile d'imaginer un actionnaire qui se congédie lui-même. Afin de résoudre cette source de conflit que l'on peut retrouver lorsque les décisions doivent être prises à l'unanimité, nous proposons à Mme Petit et à M. GrosJean l'ajout d'une clause de coercition appelée communément la clause *shot gun* dans leur convention entre actionnaires que nous traiterons à la section 2.5.9. du présent texte.

Afin de permettre l'application adéquate des dispositions de retrait des affaires, il doit être facile et le moins coûteux possible de déterminer le prix. Une des façons souvent utilisée pour permettre l'évaluation des actions est la détermination périodique par les actionnaires eux-mêmes de la valeur des actions de la société. Cette méthode s'avère peu coûteuse mais l'on doit prévoir une façon subsidiaire d'évaluer les actions si cette détermination par les actionnaires n'est pas effectuée. Afin que ce mécanisme d'évaluation reflète le plus possible la JVM de l'entreprise, il est conseillé de consulter un tiers spécialisé, tel un évaluateur d'entreprises ou l'expert-comptable ou vérificateur de la société, pour la déterminer. Toutefois, la convention entre actionnaires peut prévoir certaines indications pour le tiers évaluateur afin que celui-ci évalue les actions en tenant compte de ces considérations. Par exemple, ne pas considérer le produit de toute police d'assurance vie payable à la société et ne pas tenir compte des primes ou escomptes octroyées à des participations majoritaires ou minoritaires dans une société.

En plus d'avoir le droit d'exproprier l'actionnaire « délinquant » de ses actions lors de la survenance d'une des situations mentionnées ci-dessus, il est fréquent de retrouver dans ce type de disposition une diminution de la valeur des actions, et ce, dans le but de réprimer certains actes des actionnaires. Toutefois, lorsque la raison de cette expulsion est attribuable à une invalidité de l'actionnaire, les parties s'entendront habituellement pour donner le plein prix des actions à cet actionnaire mais choisiront d'allonger la période de paiement afin de ne pas mettre en péril les liquidités de l'entreprise⁵⁸.

On ne saurait traiter de la clause d'expulsion des actionnaires sans aborder les impacts fiscaux de cette clause. Une personne est réputée être propriétaire d'actions si elle a un droit immédiat ou futur, conditionnel ou

⁵⁸ On peut suggérer à nos clients de financer cet achat par la prise d'assurance invalidité rachat de parts.

non d'acquérir des actions aux fins de la définition de personnes liées et de « SPCC »⁵⁹. Il n'est donc pas nécessaire d'attendre que la personne acquiert les actions pour déterminer si des sociétés sont liées. L'exception veut que la règle ne s'applique pas si l'exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier.

2.5.7. Engagement de non-concurrence, de non-sollicitation et de confidentialité

Il est important de prévoir dans une convention entre actionnaires une clause prévoyant un engagement de non-concurrence, de non-sollicitation et de confidentialité pendant la durée de la convention entre actionnaires et pendant une période de temps déterminée (variant habituellement entre un an à trois ans) à la suite de la vente d'actions d'un des actionnaires. Effectivement, les tribunaux interprètent ces clauses de façon beaucoup plus large dans un contexte de vente d'actions que si ces mêmes dispositions se retrouvent dans un contrat d'emploi. L'étendue de la clause de non-concurrence sera limitée par un territoire, une période de temps et des activités précises.

2.5.8. Décès et assurance vie

Afin d'assurer les liquidités en vue de l'achat des actions lors du décès de Mme Petit ou de M. GrosJean et de bénéficier de certains avantages fiscaux⁶⁰, nous leur suggérerons de souscrire à une police d'assurance sur leur vie. Il y a différentes façons d'envisager la souscription aux polices d'assurance vie :

- les particuliers souscrivent aux polices d'assurance sur leur vie;
- les particuliers souscrivent aux polices d'assurance sur la vie des autres actionnaires;
- Maigrepourtoujours souscrit aux polices d'assurance sur la vie de ses deux actionnaires.

⁵⁹ Par. 251(5) L.I.R.

⁶⁰ Puisque Maigrepourtoujours sera bénéficiaire de la police d'assurance vie, le produit de la police d'assurance vie moins le coût de base rajusté (ci-après « CBR ») de la police fera partie du compte de dividendes en capital (ci-après « CDC ») de Maigrepourtoujours. La clause de décès précisera de quelle façon le CDC sera utilisé.

La souscription par Maigrepourtoujours aux polices d'assurance vie permettra de minimiser les sorties de fonds puisque cette dernière n'aura pas à verser des bonis ou à payer des dividendes aux actionnaires qui devraient payer les primes avec de l'argent après impôts.

Compte tenu que le décès d'un actionnaire provoque une disposition de ses actions à leur JVM immédiatement avant son décès⁶¹, cette disposition peut donc déclencher un gain ou une perte en capital sans pour autant qu'il y ait eu une véritable transaction. Il est donc important de prévoir une disposition visant l'achat des actions de l'actionnaire défunt qui sera financé notamment par de l'assurance vie.

Plusieurs techniques de rédaction ont été envisagées afin de pouvoir faire bénéficier l'actionnaire défunt d'un roulement en faveur de son conjoint ou d'une fiducie exclusive au conjoint pouvant ainsi lui faire bénéficier de la double exemption pour gains en capital disponible. À cet effet, plusieurs conférences ont déjà été écrites sur la planification de transfert en cas de décès. Nous ne vous soumettons qu'une technique régulièrement utilisée lors de la conclusion d'une convention entre actionnaires. Il s'agit d'une clause de double option, soit une première option d'achat octroyée en faveur des actionnaires survivants d'acheter les actions du défunt et, si jamais les actionnaires survivants ne se sont pas prévalus de leur option, une deuxième option de vente accordée en faveur de la succession du défunt forçant les actionnaires survivants à acheter les actions du défunt.

Cette disposition de double option permettra l'utilisation de la double déduction pour gains en capital sur AAPE autant pour le défunt que pour le conjoint survivant. Nous parlons d'une économie d'impôts potentielle de 240 000 \$⁶² environ pour le défunt et son conjoint. L'actionnaire survivant va recevoir un dividende non imposable de la société provenant du CDC égal au produit de l'assurance vie⁶³ pour acheter les actions du décédé. L'actionnaire survivant aura un prix de base rajusté (ci-après « PBR ») élevé pour les actions acquises.

⁶¹ Par. 70(5) L.I.R.

⁶² Soit un gain en capital imposable de 500 000 \$ pour le défunt et son conjoint, imposable à un taux marginal de 48 %.

⁶³ Le CBR de la police d'assurance vie réduira le produit de la police d'assurance vie pour déterminer le montant inclus au CDC selon l'alinéa 89(1)d) L.I.R.

Les actions du défunt pourraient également être rachetées par la société. L'utilisation du CDC est prévue dans la clause de façon à maximiser son utilisation pour la succession du défunt et l'actionnaire survivant⁶⁴.

2.5.9. Clause de résolution de conflit

Une répartition 50 %/50 % de l'actionnariat d'une société implique généralement, comme mentionné plus tôt, une prise de décision à l'unanimité. Votre équipe devra suggérer à M. GrosJean et à Mme Petit une clause régissant les situations où les coactionnaires n'arrivent pas à un consensus. À défaut, les activités de la société pourraient être paralysées.

Plusieurs types de dispositions visent à régler une impasse potentielle dans les relations entre coactionnaires. On pense à la liquidation de la société, aux clauses d'options d'achat en faveur d'actionnaires majoritaires (communément appelées un « CALL ») et des clauses d'options de vente en faveur d'actionnaires minoritaires (communément appelées un « PUT »). L'effet recherché de telles clauses est la rapidité de résoudre un conflit afin de ne pas compromettre les activités quotidiennes de la société.

Lorsque vous vous retrouvez dans une situation où chacun des actionnaires détient 50 % des actions de la société et a une capacité financière à peu près identique, un des scénarios à leur proposer est une clause de type *shot gun*. Cette clause prévoit la possibilité pour un actionnaire (ci-après « l'offrant ») d'offrir de vendre ses actions, selon les termes et conditions qu'il aura déterminés, à son coactionnaire. Si ce dernier accepte, il devra acheter les actions de l'offrant selon les mêmes termes et conditions et s'il refuse, alors il devra vendre à l'offrant les actions qu'il détient dans le capital social de la société, selon les termes et conditions proposés par l'offrant. La popularité de cette clause est attribuable à la rapidité d'exécution devant une impasse irréconciliable. Toutefois, en présence de personnes qui n'ont pas la même capacité financière, cette clause peut créer des iniquités. Une des modulations pouvant être apportée à cette clause est le moment de son entrée en vigueur. Effectivement, nous pouvons conseiller aux actionnaires de retarder le droit d'utiliser cette clause en les obligeant préalablement à procéder à une médiation ou à un arbitrage afin de résoudre les conflits.

⁶⁴ Voir Murray SKLAR, « Produits financiers et compte de dividendes en capital : ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas », dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, pp. 20:1-38.

2.6. PROGRAMMES D'AIDE DISPONIBLES

Il existe une multitude de programmes qui permettent aux entrepreneurs d'obtenir du financement. Nous aborderons seulement certains d'entre eux. Ces programmes étant constamment modifiés, le lecteur désireux d'obtenir du financement devra vérifier les critères d'application des programmes.

Le lecteur retrouvera à l'annexe B les références aux sites Internet pour les programmes de la présente section qu'il pourra consulter pour obtenir plus d'information. D'ailleurs, les critères d'admissibilité ainsi que les informations factuelles décrivant les divers programmes sont intégralement tirés de ces sites.

2.6.1. Activités dans les sites désignés

Nous avons examiné la possibilité que Maigrepourtoujours s'installe dès le début de ses activités dans un site désigné pour bénéficier de crédits d'impôt du Québec. L'analyse est effectuée à la section 4.4.4.

2.6.2. Programme Jeunes Promoteurs

Le premier programme offre une subvention maximale de 6 000 \$. Le montant est limité surtout pour une société comme Maigrepourtoujours où les besoins financiers sont assez importants. L'entrepreneur doit être en mesure de faire les démarches lui-même pour minimiser les honoraires du conseiller.

Le programme Jeunes Promoteurs a comme objectif de stimuler l'entrepreneurship auprès des jeunes et de les aider à créer une première entreprise en leur offrant un soutien financier. Le programme est offert par les Centres locaux de développement (ci-après « CLD ») en région et les Services d'aide aux jeunes entrepreneurs (ci-après « SAJE ») à Montréal.

Afin d'être admissible, le candidat doit :

- être un citoyen canadien ou immigrant reçu et être résident permanent du Québec;
- avoir au moins 18 ans et au plus 35 ans;
- posséder une expérience ou une formation pertinente au projet;

- s'engager à travailler à plein temps dans l'entreprise;
- être en mesure d'investir 6 000 \$, soit un montant équivalant à la subvention accordée.

L'aide financière prend la forme d'une contribution non remboursable pour un maximum de 6 000 \$. Le montant de l'aide financière sera déterminé par le CLD. Par ailleurs, les aides financières combinées provenant des gouvernements du Québec et du Canada ainsi que du CLD ne pourront excéder 75 % des dépenses admissibles (défini plus loin) dans le cas d'un projet financé dans le cadre du volet « concrétisation de projets d'entreprises » et 50 % des dépenses admissibles dans le cas d'un projet financé dans le cadre du volet « création d'une première entreprise ». Dans le cas du volet « formation de l'entrepreneur », l'aide financière pourrait couvrir la totalité des dépenses admissibles.

Dans le cadre de la création d'une première entreprise, sont considérés comme des dépenses admissibles :

- les dépenses en capital telles que terrain, bâtisse, équipement, machinerie, frais d'incorporation et toutes autres dépenses de même nature à l'exception des dépenses d'achalandage;
- l'acquisition de technologies (savoir-faire, licence ou accord de fabrication, brevet), de logiciels ou progiciels et toutes autres dépenses de même nature;
- les besoins de fonds de roulement se rapportant strictement aux opérations de l'entreprise calculés pour la première année d'exploitation.

2.6.3. Société d'Investissement Jeunesse

Ce programme est plus généreux, il offre une garantie de prêt allant jusqu'à 50 000 \$ par entrepreneur.

La Société d'Investissement Jeunesse (ci-après « SIJ ») est une société privée sans but lucratif qui offre aux entrepreneurs âgés de 18 à 35 ans une garantie de prêt personnel afin d'appuyer financièrement leurs projets d'affaires tels que le démarrage, l'acquisition ou l'investissement dans le capital-actions d'une entreprise.

La SIJ offre une garantie de prêt personnel qui peut atteindre 50 000 \$ par entrepreneur. Le prêt personnel est garanti à 100 % par la SIJ. Lorsqu'il y a trois entrepreneurs admissibles, la somme des garanties peut atteindre un maximum de 150 000 \$.

Pour qu'un projet de démarrage d'entreprise soit admissible, la SIJ impose les conditions suivantes :

- l'entrepreneur admissible doit détenir la majorité (plus de 50 %) des actions ordinaires de l'entreprise ou les détenir conjointement avec les autres entrepreneurs admissibles, s'il y a lieu;
- l'entreprise n'est pas encore démarrée ou est en exploitation depuis moins de deux ans;
- le prêt personnel garanti par la SIJ doit être injecté dans l'entreprise pour son financement;
- une personne doit s'engager à titre de parrain (conseiller général de l'entreprise) pour une période minimale de deux ans;
- l'entreprise doit obtenir ou avoir obtenu un prêt à long terme (minimum cinq ans) d'une institution financière dont le solde égale au moins la participation financière de la SIJ.

2.6.4. Société d'aide au développement des collectivités

La Société d'aide au développement des collectivités (ci-après « SADC ») offre un programme de prêt pour un maximum de 125 000 \$.

La SADC bénéficie d'un fonds d'investissement moyen de 2,3 M\$ ayant comme objectif de favoriser la création, le maintien et le développement d'emplois et d'entreprises.

Les prêts pouvant atteindre jusqu'à 125 000 \$ peuvent prendre diverses formes : prêt conventionnel, prêt participatif ou capital-actions.

Pour bénéficier de l'aide financière de la SADC, le projet doit :

- se situer à l'intérieur de la zone d'intervention de la SADC;

- s'inscrire dans un domaine d'activités correspondant aux orientations de développement retenues par la collectivité;
- permettre de créer de nouveaux emplois ou de contribuer à en maintenir;
- démontrer un potentiel de développement et de viabilité raisonnable.

En plus de l'aide financière, l'entrepreneur peut compter sur l'expertise technique des conseillers de la SADC dans la recherche et le développement de son produit, de même que dans l'élaboration de son plan d'affaires et le suivi de son projet.

2.6.5. Programme IDÉE-PME

Ce programme offre des contributions remboursables et non remboursables allant jusqu'à 50 % de coûts admissibles.

IDÉE-PME est un programme d'aide financière ayant pour objectif de faciliter et d'améliorer le développement des petites et moyennes entreprises (ci-après « PME ») de toutes les régions du Québec. Il vise également à les aider à devenir davantage concurrentielles sur la scène mondiale.

Ce programme vise à offrir un soutien financier aux PME dans les domaines suivants :

- affaires électroniques;
- innovation et productivité;
- développement des marchés d'exportation;
- entrepreneurship et environnement des affaires;
- essais et expérimentation en vue de valoriser les ressources naturelles.

L'aide financière consentie à l'égard de projets admissibles en vertu du programme IDÉE-PME peut être offerte sous forme de contributions remboursables ou non remboursables. L'aide offerte ne doit pas dépasser normalement 50 % des coûts autorisés.

Les coûts admissibles comprennent tous les coûts jugés raisonnables et nécessaires pour assurer la réalisation du projet. Ils peuvent être constitués notamment des :

- honoraires d'experts-conseils;
- coûts de la main-d'œuvre affectée au projet et des coûts du matériel utilisé;
- coûts de production et de diffusion de matériel promotionnel nécessaires au développement des marchés;
- frais de location d'équipements et des coûts d'acquisition d'équipements nécessaires à l'accroissement de la productivité;
- frais de voyage et de déplacement.

2.6.6. Programmes avec les institutions financières

Il existe plusieurs institutions financières et probablement autant de programmes s'adressant aux entreprises en démarrage. Aux fins de cette étude de cas, nous décrivons sommairement ceux de la Banque de développement du Canada (ci-après «BDC») et ceux offerts par Investissement Québec. Nous allons traiter de programmes de prêts et non de subventions.

2.6.6.1. Programme Co-Vision de la BDC

Avec son programme Co-Vision, la BDC offre aux entreprises en démarrage pouvant démontrer leur viabilité à long terme un financement à terme pouvant aller jusqu'à 100 000 \$.

Les fonds obtenus grâce à ce programme peuvent servir :

- au fonds de roulement;
- à l'acquisition d'immobilisations;
- au marketing pour les frais de démarrage;
- à l'achat d'une franchise.

En plus du financement, la BDC est en mesure d'offrir des conditions intéressantes, soit :

- une période de remboursement pouvant aller jusqu'à six ans;
- une possibilité de prorogation de capital;
- des versements progressifs ou saisonniers, adaptés aux mouvements de trésorerie des entreprises;
- une période garantie, ainsi le prêt ne peut être rappelé sans motif valable;
- des taux d'intérêt flottants ou fixes, au choix du client;
- un privilège de remboursement accéléré;
- des remboursements, sans pénalité, allant jusqu'à 15 % du solde par année;
- un soutien personnalisé en gestion.

L'accès au programme Co-Vision est cependant limité aux entrepreneurs se qualifiant selon les paramètres suivants :

- dont l'entreprise est en démarrage ou au début de sa croissance (12 premiers mois de vente);
- qui peuvent démontrer un potentiel de marché et de vente réaliste;
- qui possèdent l'expérience et les connaissances pertinentes dans le secteur d'activité choisi;
- qui possèdent les qualités personnelles voulues pour réussir en affaires;
- qui ont une équipe de gestion compétente;
- qui ont investi des ressources financières raisonnables dans l'entreprise;
- qui peuvent fournir des références personnelles et financières.

À noter également que le programme Co-Vision ne peut pas être utilisé pour démarrer un commerce de détail.

2.6.6.2. Programme Financement PME d'Investissement Québec

Investissement Québec finance ou garantit certains prêts à des PME. Ainsi, à travers son programme Financement PME, Investissement Québec offre de financer ou de garantir des prêts liés à des projets d'investissement des PME en démarrage ou en développement. Les projets admissibles visent l'exportation, l'innovation technologique, l'investissement pour la production d'un bien ou d'un service et les alliances stratégiques.

Le programme s'adresse aux entreprises de fabrication, de recyclage, des technologies de l'information, exportatrices, exploitant un laboratoire de recherche ou un téléc centre ainsi que certaines activités touristiques.

Les caractéristiques du prêt à terme sont :

- le montant maximal du prêt est de 100 % (selon le secteur d'activité) des coûts du projet en incluant le fonds de roulement nécessaire;
- possibilité de moratoire de remboursement du capital jusqu'à deux ans à compter de la fin de la réalisation du projet.

Les caractéristiques de la garantie sont :

- le pourcentage maximal de la garantie de remboursement de la perte nette (après la réalisation des garanties) est établi selon le type de projet et varie entre 70 % et 80 %;
- le montant minimal de la garantie est de 50 000 \$.

2.6.6.3. Programme Capitalisation d'Investissement Québec

Cette aide financière vise à favoriser le financement par capitaux propres des entreprises de l'économie sociale de façon à stimuler la création, le maintien et le développement de ces dernières.

Plus précisément, son objectif est d'offrir aux entreprises, à coût avantageux, un levier pour obtenir du financement sous forme d'actions privilégiées ou de prêt s'apparentant à du capital (quasi-équité).

De façon générale, l'aide financière prend la forme d'un prêt de capitalisation ou d'un achat d'actions privilégiées se situant entre 25 000 \$ et 500 000 \$.

Sont admissibles les entreprises en démarrage, les entreprises ayant un projet de développement ou d'expansion ou les entreprises ayant un besoin de consolidation.

Pour être admissible, l'entreprise doit remplir les conditions suivantes :

- le montant demandé doit combler un besoin en capitaux propres;
- l'aide financière ne peut dépasser 35 % de la valeur du projet;
- la présence d'un autre partenaire en capitaux propres est généralement souhaitable. Toutefois, elle est requise lorsque le besoin en capitaux propres dépasse 100 000 \$.

Les modalités de l'aide financière sont les suivantes :

- la durée contractuelle initiale de l'aide financière accordée ne peut excéder 10 ans. Toutefois, cette période peut être prolongée de cinq ans;
- le début du remboursement du capital est reporté pour une période minimale de deux ans à compter du déboursement du prêt. Au besoin, cette période peut s'étendre à un maximum de cinq ans;
- les remboursements du capital sont en partie fixes et en partie variables de façon à s'adapter aux besoins des entreprises;
- le paiement des intérêts est reporté pour une période minimale de deux ans. Au besoin, cette période peut s'étendre à un maximum de cinq ans;
- le taux d'intérêt est fixé pour une période de cinq ans, il est par la suite renouvelable sur la même base selon le taux en vigueur au moment du renouvellement;
- l'intervention financière ne comporte aucune garantie;
- de plus, l'aide financière doit être nécessaire pour que soit atteinte ou maintenue une structure financière saine et adéquate par rapport à son secteur d'activité. L'entreprise doit par ailleurs démontrer que son marché et la qualité de sa gestion permettent sa viabilité.

2.6.7. Fonds locaux d'investissement

Des organismes tels que les Corporations de développement économique (ci-après « CDEC ») ont été créés afin de soutenir le développement économique et la création d'emploi pour un arrondissement donné.

Les CDEC soutiennent ou initient des projets économiquement viables et profitables à l'ensemble du milieu en offrant des services tels que : services-conseils en gestion, aide au plan d'affaires et financement. Par exemple, la CDEC Rosemont-Petite-Patrie gère cinq fonds d'investissement voués à soutenir le développement de l'emploi et de l'activité économique sur son territoire. Les cinq fonds disponibles sont les suivants :

- « FLI » : Fonds local d'investissement;
- « SOLIDE » : Société locale d'investissement pour le développement de l'emploi;
- « FDEM » : Fonds de développement Emploi-Montréal;
- « FIES » : Fonds d'investissement en économie sociale; et
- « FIL » : Fonds d'initiatives locales.

Tous les détails sur la SOLIDE sont présentés à l'annexe C.

2.6.8. Financement des petites entreprises du Canada (ci-après « FPEC »)

Souvent, les petits entrepreneurs n'ont pas les moyens d'améliorer ou d'élargir leurs activités, car ils ne peuvent obtenir de crédit qu'en acceptant de mettre en garantie leurs biens personnels. Ceux qui souhaitent lancer une entreprise font face aux mêmes difficultés. En vertu de la *Loi sur le financement des petites entreprises du Canada*⁶⁵, le gouvernement fédéral indemnise en partie les prêteurs en cas de pertes. Les propriétaires peuvent ainsi emprunter plus facilement sans avoir à placer leurs biens personnels en garantie.

⁶⁵ 1998, c. 36.

Le programme FPEC est une initiative conjointe du gouvernement fédéral et des prêteurs du secteur privé dans le but d'aider les entreprises à obtenir des prêts à terme et des contrats de location-acquisition auprès des prêteurs agréés (banques à charte, caisses populaires ainsi que de nombreuses sociétés de fiducie, de prêt et d'assurances) et des sociétés de crédit-bail participantes pour ce qui est des contrats de location-acquisition.

Le prêt aux petites entreprises facilite l'accès au financement bancaire pour les entreprises canadiennes nouvellement créées ou établies dont le chiffre d'affaires est inférieur à 5 M\$ et qui nécessitent un prêt maximal de 250 000 \$ ou d'un montant représentant 90 % du coût d'acquisition des biens. Les prêts sont versés directement par le prêteur agréé.

Un des atouts importants de ce prêt est la garantie gouvernementale qui le protège en cas de difficultés financières de l'entreprise emprunteuse. Cette garantie couvre 85 % du prêt après la réalisation complète des garanties, incluant la caution personnelle.

De plus, en ce qui concerne les autres caractéristiques :

- le prêt ne peut s'échelonner sur une période de plus de 10 ans;
- les garanties doivent représenter au minimum 25 % du montant de l'emprunt;
- les frais d'enregistrement (remis au gouvernement à titre d'assurance) correspondent à 2 % du prêt et peuvent être ajoutés au financement demandé.

Sont admissibles la plupart des petites entreprises qui démarrent ou qui sont établies au Canada (à l'exclusion des sociétés religieuses et de bienfaisance ainsi que les exploitations agricoles). Il peut s'agir d'un propriétaire unique, d'une personne morale ou d'une société de personnes. Tel qu'il a été mentionné précédemment, les recettes brutes de l'entreprise ne doivent pas dépasser 5 M\$ pour l'exercice au cours duquel la demande est déposée.

Les prêts peuvent être accordés pour financer :

- l'achat ou l'amélioration de biens réels ou immeubles;
- l'achat d'améliorations locatives ou l'amélioration de locaux loués;

- l'achat ou l'amélioration de matériel neuf ou usagé nécessaire à l'exploitation d'une entreprise commerciale;
- le montant forfaitaire unique équivalant à 2 % de la somme prêtée, à condition que le montant total du prêt accordé ne dépasse pas 250 000 \$.

Un prêt en vertu du programme FPEC ne peut servir à :

- des améliorations apportées à une résidence familiale à des fins non commerciales;
- l'achat d'actions;
- le financement d'un fonds de roulement (inventaires, comptes à recevoir, etc.);
- permis et licences relatifs à l'exploitation des biens admissibles;
- droits de franchisage;
- études de faisabilité;
- honoraires professionnels (juridiques, comptables, etc.);
- frais d'arpentage;
- permis de construction;
- véhicules destinés à un usage personnel;
- éléments d'actif incorporels (les frais de recherche et développement, les dépenses payées à l'avance, l'achalandage, etc.);
- le financement de dépenses ou d'engagements de l'emprunteur assurés antérieurement par un prêt à terme.

2.7. DÉDUCTIBILITÉ DES PERTES

Revenons maintenant à la fiscalité et analysons les implications du projet de législation sur la déductibilité des intérêts et autres dépenses. Le

ministère des Finances du Canada avait annoncé dans le Budget fédéral du 18 février 2003⁶⁶ qu'il répondrait aux décisions rendues par la Cour suprême dans les affaires *Stewart c. Canada* et *Walls c. Canada*⁶⁷. Le but recherché était de rétablir la position qui prévalait avant *Stewart* et *Walls*.

Le 31 octobre 2003, le ministère des Finances a introduit un projet pour une nouvelle législation sur l'expectative raisonnable de profit (ci-après « ERP ») qui fait beaucoup jaser depuis. Cette législation sera applicable pour les années débutant après 2004. Le texte est court mais lourd de conséquence :

« 3.1. Restriction applicable aux pertes. — (1) Un contribuable ne subit une perte pour une année d'imposition d'une source qui est une entreprise ou un bien que si, au cours de l'année, il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il tire un bénéfice cumulatif de cette entreprise ou de ce bien pour la période au cours de laquelle il a exploité l'entreprise, ou peut raisonnablement s'attendre à l'exploiter, ou a détenu le bien, ou peut raisonnablement s'attendre à le détenir.

(2) Détermination du bénéfice. — Pour l'application du paragraphe (1), le bénéfice est déterminé compte non tenu des gains en capital et des pertes en capital. »

Nous allons nous attarder sur l'application du nouvel article 3.1 L.I.R. pour Maigrepourtoujours⁶⁸.

Le nouvel article 3.1 L.I.R. a une portée très large qui ferait en sorte que les pertes autres qu'en capital de Maigrepourtoujours pourraient être refusées. Il faudra donc prévenir nos clients que si l'article 3.1 L.I.R. était adopté tel quel, les conséquences pourraient être néfastes pour Maigrepourtoujours en considérant que le projet soit un échec partiel ou complet. Nous avons pour l'instant de multiples questions qui demeurent sans réponses.

⁶⁶ CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2003*, 18 février 2003.

⁶⁷ [2002] C.S.C. 46 (ci-après « *Stewart* ») et [2002] C.S.C. 47 (ci-après « *Walls* »).

⁶⁸ Pour une analyse plus approfondie sur la question, nous vous référons aux textes suivants : Daniel BOURGEOIS, *Mémoire de l'APFF sur les propositions du 31 octobre 2003 portant sur la déductibilité des intérêts et autres dépenses*, janvier 2004; Robert COUZIN, « Le nouvel article 3.1 L.I.R. concernant la déductibilité des pertes d'entreprises ou de biens : perspective d'un praticien », dans *Colloque – Les nouvelles règles en matière de déductibilité des pertes et des intérêts*, 139, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 5:1-28.

Le contexte est le suivant, Maigrepourtoujours engagera des dépenses importantes au cours des prochaines années avant de réussir à mettre au point sa fameuse pilule :

- salaires;
- intérêts;
- honoraires professionnels;
- recherche et développement.

Maigrepourtoujours ne réalisera pas de revenus durant ces années, il faudra donc s'interroger à chaque année sur l'ERP de Maigrepourtoujours. Cette détermination de l'ERP sera effectuée par l'analyse du plan d'affaires de Maigrepourtoujours comprenant des prévisions financières.

De quelle façon l'Agence du revenu du Canada (ci-après « ARC ») va-t-elle appliquer l'article 3.1 L.I.R. avec une société comme Maigrepourtoujours?

- Les dirigeants de Maigrepourtoujours n'ont pas d'antécédents dans le domaine de la RS & DE;
- Maigrepourtoujours est une nouvelle société qui en est à ses débuts;
- si Maigrepourtoujours dépasse ses prévisions financières pour une année en termes de dépenses de RS & DE, aura-t-elle toujours une ERP pour l'année en question? Par exemple, Maigrepourtoujours prévoit des dépenses de 500 000 \$ pour une phase de RS & DE en 2005 et le montant réel est de 800 000 \$;
- l'ARC enverra-t-elle un scientifique pour vérifier la progression et la viabilité du projet de RS & DE de Maigrepourtoujours?

Pouvons-nous affirmer que si Maigrepourtoujours réussit l'aspect RS & DE de son projet elle a une ERP ou faudra-t-il qu'elle puisse atteindre un certain volume de ventes pour conclure qu'elle a une ERP? Est-ce que le test se résume à atteindre un bénéfice de façon cumulative?

Nous pouvons supposer que Maigrepourtoujours disposera de quelques années entre le moment où elle débutera ses activités et où elle aura à

justifier son ERP aux représentants de l'ARC. Il faudra donc étayer à chaque année à l'aide d'informations financières et de rapports de RS & DE l'ERP de Maigrepourtoujours jusqu'à ce qu'elle réalise des ventes.

Maigrepourtoujours pourra toujours adopter une approche conservatrice en essayant de capitaliser le plus de déboursés possibles pour les amortir par la suite⁶⁹. Les principes comptables généralement reconnus (ci-après « PCGR ») ou les normes comptables de l'industrie, bien qu'ils ne dictent pas le traitement fiscal des déboursés, peuvent l'influencer. Les frais de RS & DE, les honoraires professionnels, les intérêts, les salaires et les autres déboursés seraient capitalisés jusqu'à ce que Maigrepourtoujours débute la production de sa pilule amaigrissante. Le but sera de réduire les pertes pour montrer une belle image de l'entreprise dans les états financiers. Nous n'irons pas plus loin sur le sujet, mais il serait facile de faire un débat sur la comptabilité d'une nouvelle société dans le secteur pharmaceutique.

L'allocation du coût en capital (ci-après « ACC ») sera réclamée seulement à partir du moment où Maigrepourtoujours aura des revenus, donc pas question de créer des pertes importantes autres qu'en capital qui pourraient être refusées.

Maigrepourtoujours aura de la flexibilité quant à la comptabilisation de ses dépenses de RS & DE qui pourront être accumulées et déduites dans une année où la société aura des revenus⁷⁰.

Un aspect important de l'article 3.1 L.I.R. est d'exclure les gains en capital des revenus cumulatifs. Il s'agit d'un traitement qui va carrément à l'encontre des principes mêmes de l'entrepreneurship surtout pour une entreprise telle que Maigrepourtoujours. Il y a de fortes chances que les actionnaires fondateurs de Maigrepourtoujours ne soient plus dans l'entourage de la société après quelques années. Ils ne seront peut-être plus là au moment de la phase de commercialisation. Si la pilule amaigrissante s'avère un succès, il est fort probable qu'une grande société va acheter les actions ou les actifs de Maigrepourtoujours, et ce, avant même que la pilule ne soit commercialisée. Une telle entreprise demandera l'injection d'importants capitaux pour réaliser les différentes étapes décrites dans l'énoncé du cas. À un moment ou l'autre, la seule solution pour les dirigeants sera peut-être de vendre s'ils ne parviennent pas à obtenir les

⁶⁹ Al et Mark ROSEN, « Canadians excel at fudging the numbers », *National Post*, 24 septembre 2004, p. IN1.

⁷⁰ Par. 37(1) L.I.R.

capitaux nécessaires. De plus, une grande société avec des moyens financiers importants et un bon réseau de distribution peut leur faire une offre qu'ils ne pourront refuser.

Dans le contexte où les actionnaires fondateurs vendent leurs actions de Maigrepourtoujours avant que la société ait réalisé des ventes importantes, est-ce que les pertes autres qu'en capital de Maigrepourtoujours seront refusées sous prétexte que l'entreprise n'a pas d'ERP avec les actionnaires fondateurs, ceux-ci n'ayant pas su mener le projet à terme? Ils n'ont pas les ressources d'une multinationale pour faire un succès à court terme de l'entreprise. Ils vont possiblement réussir avec des moyens moins importants mais sur une plus longue période de temps. Le prix des actions de Maigrepourtoujours devra être diminué si la société n'a plus de pertes autres qu'en capital à reporter. Peut-être que les pertes autres qu'en capital ne seront qu'un facteur accessoire dans la détermination du prix si le projet est intéressant, mais pourquoi les actionnaires fondateurs devraient-ils être pénalisés? Supposons que l'offre est de 20 M\$ pour les actions et que la société a des pertes autres qu'en capital accumulées de 5 M\$ dont la valeur est approximativement de 1,5 M\$, qui absorbera le 1,5 M\$ si les pertes fiscales sont refusées?

Un autre scénario plausible est qu'un acheteur voudra acquérir les actifs de Maigrepourtoujours pour réclamer de l'ACC sur le prix payé. Dans ce cas, les actionnaires seraient privés des pertes autres qu'en capital pour réduire le revenu fiscal provenant de la vente des actifs si la vente des actifs génère des gains en capital qui ne font pas partie du calcul des bénéfices cumulatifs.

Le ministère des Finances devra réfléchir sur les difficultés que l'article 3.1 L.I.R. créera pour les entrepreneurs qui sont prêts à prendre des risques importants dans des secteurs à potentiel élevé. Maigrepourtoujours est peut-être le Biochem Pharma de demain, à condition que la politique fiscale ne lui mette pas des bâtons dans les roues.

Une autre question nous vient en tête. Pourquoi le ministère des Finances a-t-il augmenté la période de report des pertes autres qu'en capital à 10 ans⁷¹ en réduisant d'autre part la possibilité de réaliser des pertes autres qu'en capital en appliquant le nouvel article 3.1 L.I.R.? Est-ce un message subtil que le ministère des Finances a voulu lancé en montrant qu'il n'est pas

⁷¹ Voir CANADA, ministère des Finances, *Le plan budgétaire de 2004*, 23 mars 2004, applicable pour les années d'imposition se terminant après le 23 mars 2004.

insensible aux récriminations des praticiens et qu'il serait disposé à faire marche arrière avec le nouvel article 3.1 L.I.R.?

3. DÉMARRAGE

Un an plus tard, M. GrosJean et Mme Petit vous rencontrent de nouveau. Maigrepourtoujours a besoin d'une urgente injection de fonds, notamment afin de procéder à l'embauche d'une dizaine d'employés. Heureusement, les liquidités à très court terme sont assurées depuis l'encaissement par la société de chèques totalisant 200 000 \$ émis en sa faveur par les riches cousins de M. GrosJean.

M. Marc Keting, qui suit l'évolution du projet de très près, leur propose d'investir dans le projet une somme de 75 000 \$ par l'intermédiaire de son REÉR.

Mme Petit a emprunté, au taux de 7 %, une somme de 125 000 \$ afin de la prêter sans intérêt à Maigrepourtoujours. Compte tenu qu'elle souhaiterait sous peu procéder à l'achat d'une nouvelle résidence, elle souligne l'importance pour elle de récupérer cet investissement en tout temps. Mme Petit a également communiqué avec tous les gens d'affaires de la région de Sherbrooke, d'où elle est originaire, afin de solliciter leur participation financière dans l'aventure. C'est ainsi que M. Prosper a accepté de prêter 625 000 \$ à Maigrepourtoujours, dans la mesure où cet investissement est effectué sous la forme d'un prêt garanti.

Les fondateurs aimeraient beaucoup que M. Prosper mette à contribution sa solide expérience afin d'établir les premiers contacts nécessaires à la mise en place d'un réseau de distribution du produit.

Selon M. GrosJean, les 475 000 \$ manquants devraient être dénichés facilement à la suite de la création d'une section « financement recherché » sur le site Web de Maigrepourtoujours.

Les actionnaires fondateurs nous ont également demandé d'analyser les règles sur la déductibilité des intérêts si des actionnaires finançaient l'achat d'actions des autres actionnaires ou si Maigrepourtoujours rachetait certaines de ses actions.

Analysons les choix qui s'offrent à Maigrepourtoujours pour combler ses besoins de liquidités.

3.1. FINANCEMENT AVEC LE REÉR

M. Mark Keting veut utiliser les fonds accumulés dans le REÉR pour investir dans Maigrepourtoujours, un type d'investissement qui peut s'avérer fiscalement avantageux.

L'investissement dans les actions de Maigrepourtoujours ne pourra être effectué par le REÉR que si les actions se qualifient à titre de « placement admissible ». La *Loi de l'impôt sur le revenu* énumère la liste des placements admissibles aux REÉR aux paragraphes 146(1) et 146.3(1) L.I.R. Plus particulièrement, un placement en actions d'une société exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE ») peut être effectué par un REÉR si les conditions du paragraphe 4900(6) ou celles du paragraphe 4900(12) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*⁷² sont remplies. Le paragraphe 4900(12) R.I.R. prévoit que différents tests doivent être satisfaits au moment et immédiatement après l'acquisition d'un placement par le REÉR, alors que le paragraphe 4900(6) R.I.R. exige qu'ils soient satisfaits à tout moment à partir de la date d'acquisition par la fiducie des actions de la société admissible. Étant donné que les conditions du paragraphe 4900(12) R.I.R. sont moins exigeantes que celles du paragraphe 4900(6) R.I.R., nous allons nous concentrer sur le premier des deux⁷³.

Selon le paragraphe 4900(12) R.I.R., pour qu'un placement soit admissible, les actions que veulent acquérir les investisseurs par le biais de leur REÉR devront satisfaire les exigences suivantes :

- la société devra avoir le statut de SEPE au moment où le REÉR fera l'acquisition du placement ou à la fin de la dernière année d'imposition de la société terminée avant l'acquisition des actions;
- le rentier du REÉR ne devra pas être un actionnaire rattaché à la société immédiatement après l'acquisition des actions; et
- aucun montant ne devra être versé par la société à l'égard du placement (par exemple, un dividende) pouvant être raisonnablement attribuable à des services rendus ou des marchandises vendues à la société par le

⁷² C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »).

⁷³ Pour une étude du paragraphe 4900(6) R.I.R., le lecteur peut consulter le texte suivant : Michel TURCOT, « REÉR – Placements dans les sociétés privées », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, pp. 22:1-32.

rentier du régime, et ce, au moment où le régime fera l'acquisition du placement ou subséquemment⁷⁴.

3.1.1. Qualification de la société en tant que SEPE

Les actions du capital-actions d'une SEPE se qualifient au titre de placement admissible d'un REÉR. Les conditions pour se qualifier de SEPE sont les suivantes :

- la société doit être une société canadienne, c'est-à-dire constituée au Canada et résidant au Canada;
- la société ne doit pas être contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit⁷⁵, par au moins une personne non résidente; et
- la totalité ou presque de la JVM, soit 90 % et plus des actifs de la société doit être attribuable à des éléments qui sont soit principalement utilisés dans une entreprise exploitée activement au Canada, soit constitués d'actions du capital-actions ou de dettes d'une SEPE rattachée à la société donnée.

Maigrepourtoujours remplirait⁷⁶ pour le moment les critères de la SEPE, mais pourrait éventuellement perdre son statut de SEPE puisqu'elle prévoit prendre de l'expansion à l'extérieur du Canada quand elle aura les moyens financiers.

3.1.2. Notion d'« actionnaire rattaché »

Une autre condition est que le rentier du REÉR ne doit pas être un actionnaire rattaché à l'égard de la société immédiatement après l'acquisition.

⁷⁴ Par. 4900(13) R.I.R.

⁷⁵ Incluant le contrôle de fait.

⁷⁶ Nous n'avons pas fait tous les tests, mais il semble que Maigrepourtoujours soit une SEPE.

De façon générale, un actionnaire n'est pas considéré comme étant rattaché⁷⁷ à la société lorsqu'il remplit un des critères suivants :

- il détient moins de 10 % d'une catégorie d'actions de la SEPE ou d'une société liée à la SEPE et il n'a aucun lien de dépendance⁷⁸ avec la SEPE;
- il détient plus de 10 % d'une catégorie d'actions de la SEPE, n'a aucun lien de dépendance avec la SEPE au moment où il acquiert le placement et le total des montants représentant le coût des actions est inférieur à 25 000 \$.

De plus, aux fins de déterminer le pourcentage et le coût des actions détenues, l'actionnaire est présumé posséder les actions détenues par la fiducie, incluant le REÉR, dont il est le bénéficiaire, ainsi que les actions détenues par une personne avec qui il a un lien de dépendance, ou par la fiducie dont celui-ci est le bénéficiaire.

Avec une mise de fonds de 75 000 \$, le REÉR de M. Keting obtiendrait moins de 10 % d'une catégorie d'actions et ne serait donc pas un actionnaire rattaché. Il faudrait faire une évaluation des actions de Maigrepourtoujours pour conclure ainsi.

3.1.3. Conséquences fiscales reliées à un placement non admissible

Si le placement n'est pas admissible au moment de son acquisition par le REÉR, la JVM de ce placement doit être incluse dans le calcul du revenu du rentier⁷⁹. Le rentier pourra, dans l'année de la disposition du placement non admissible, déduire dans le calcul de son revenu le moindre du montant qu'il avait inclus⁸⁰ et du produit de disposition du placement non admissible⁸¹. Quant au REÉR, il n'aura aucun impôt spécial à payer⁸².

⁷⁷ Par. 4900(2) R.I.R.

⁷⁸ La notion de lien de dépendance est passablement étendue, il faut analyser les liens entre les actionnaires.

⁷⁹ Par. 146(10) et 146.3(7) L.I.R.

⁸⁰ En vertu du paragraphe 146(10) L.I.R. ou 146.3(8) L.I.R.

⁸¹ Par. 146(6) L.I.R.

⁸² Al. 207.1(1)a) L.I.R. et par. 207.1(4) L.I.R.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit aussi des conséquences lorsque le placement devient un placement non admissible ultérieurement. Cette situation se produira si un montant est versé par la société à l'égard du placement et que ce montant peut raisonnablement être attribuable à des services ou marchandises rendus à la société par le rentier du régime⁸³. Dans ce cas, le REÉR devra payer l'impôt de la Partie I L.I.R. sur le revenu généré par le placement non admissible⁸⁴. De plus, un impôt de la Partie XI.1 L.I.R. devra être payé⁸⁵. Cet impôt est de 1 % de la JVM des placements non admissibles au moment où ils ont été acquis, et ce, à l'égard des placements non admissibles détenus à la fin de chaque mois. Il est à noter qu'il n'y a aucune conséquence fiscale pour le rentier dans la situation où un placement devient un placement non admissible.

Le paragraphe 4900(12) R.I.R. implique des tests à respecter lors de la souscription à de nouvelles actions. Toutefois, la position de l'ARC indique qu'il faudra que le paragraphe 4900(12) R.I.R. s'applique à nouveau dans le cas de certaines réorganisations⁸⁶. C'est un facteur à considérer pour Maigrepourtoujours puisque le capital-actions sera modifié durant les prochaines années.

3.1.4. Conséquences fiscales lors de la disposition des actions

Lors de la disposition par le REÉR des actions acquises par le biais de ces véhicules fiduciaires, il n'y aura aucun impact fiscal immédiat. Toutefois, il y aura éventuellement imposition au moment où les sommes seront retirées du REÉR par le rentier.

3.1.5. Désavantages du financement par le REÉR

L'acquisition d'une partie des actions par le biais du REÉR n'est pas dans tous les cas la meilleure solution du point de vue de la fiscalité et est limitée dans certains cas par les règles décrites ci-dessus.

⁸³ Par. 4900(13) R.I.R.

⁸⁴ Par. 146(10.1) L.I.R.

⁸⁵ Par. 207.1(1) L.I.R.

⁸⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2000-0063105, 22 février 2001.

La détention des actions dans un REÉR fera en sorte qu'ultimement 100 % du gain réalisé lors de la disposition des actions par le rentier sera imposable. Cet inconvénient sera moins important si l'horizon de placement dans la société est à long terme, ce qui n'est pas forcément le cas de Maigrepourtoujours. Si les actions sont plutôt détenues personnellement, seulement la moitié du gain en capital est imposable. De plus, dans cette dernière situation, dans la mesure où les actions se qualifient à titre d'AAPE, l'actionnaire pourra bénéficier de la déduction pour gains en capital d'un montant maximal de 500 000 \$ selon le paragraphe 110.6(2.1) L.I.R.

Les coûts de l'investissement seront élevés puisque les avocats et les comptables de Maigrepourtoujours devront émettre des opinions sur la qualification des actions à la firme de courtage qui gère le REÉR de l'investisseur et une évaluation des actions avant l'émission devra être obtenue. Les coûts de la transaction seront élevés compte tenu du montant de financement offert qui est souvent limité.

Il ne sera pas facile d'évaluer une nouvelle société comme Maigrepourtoujours qui débute ses activités. Le mandat d'évaluation risque d'être coûteux. La proposition de M. Keting n'a donc pas été retenue, les coûts étant trop élevés pour obtenir 75 000 \$. La situation aurait été différente si d'autres investisseurs avaient manifesté le désir de faire un investissement par l'intermédiaire de leur REÉR.

3.1.6. Financement par un emprunt personnel et cession en garantie des biens détenus par un REÉR

M. Keting, dans le cadre de cette solution, pourrait contracter personnellement un emprunt et céder son REÉR en garantie de cet emprunt. Cette possibilité est différente de la première en ce sens qu'elle nécessite que M. Keting puisse obtenir du crédit personnel.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit qu'un rentier doit inclure dans le calcul de son revenu la JVM des biens utilisés à titre de garantie « lorsqu'une fiducie régie par un REÉR utilise à titre de garantie d'un prêt un bien quelconque de la fiducie ou en permet l'utilisation⁸⁷ ».

⁸⁷ Par. 146(10) L.I.R.

Le rentier pourra toutefois déduire le montant précédemment inclus dans son revenu lorsque la garantie cessera⁸⁸. Ce serait une façon coûteuse pour M. Keting d'investir dans Maigrepourtoujours

3.2. CAPITAL DE RISQUE CONVIVIAL

Une autre source de financement est le capital provenant de proches.

3.2.1. Description

Le capital de risque convivial est une source de financement qui provient de la famille ou des amis. De façon générale, les sommes investies sont minimales. Les investisseurs en capital de départ et les investisseurs en capital de risque convivial jouent un rôle important au tout début de l'entreprise puisqu'ils sont prêts à investir dans une entreprise ou un projet que la plupart des autres investisseurs jugent trop risqués.

3.2.2. Mode d'investissement

Lorsque le financement est qualifié de type convivial, c'est-à-dire provenant de la famille ou d'amis, il n'est pas rare de constater qu'il n'y aura aucune documentation légale accompagnant les mises de fonds. Inutile de vous préciser que l'absence de documentation peut créer des sources de conflit entre les actionnaires de la société et leur famille ou amis. Il est important dès le départ de documenter ces mises de fonds pour ne pas créer d'attente irréaliste de part et d'autre ou de mésententes sur les modalités de l'investissement. Tous les paramètres de l'investissement devraient faire l'objet d'une entente écrite. Dans le cas d'un prêt, par exemple, la date, le montant de l'emprunt, le taux d'intérêt applicable, l'échéancier de remboursement et les garanties consenties en considération du prêt sont tout autant de conditions sur lesquelles il faut minimalement s'entendre.

Compte tenu des faits qui nous sont présentés par M. GrosJean et Mme Petit, les riches cousins de M. GrosJean semblent viser plutôt un investissement à long terme qu'un rendement sur un prêt. Effectivement, ils croient tellement au projet que d'une part, ils sont convaincus de tripler leur mise de fonds et d'autre part, ils sont prêts à assumer le risque de perdre la totalité de leur investissement. Ce que nous proposons à M. GrosJean et à Mme Petit est d'émettre aux cousins un certain pourcentage d'actions participantes et non votantes de la société.

⁸⁸ Par. 146(7) L.I.R.

De plus, d'un point de vue fiscal, les actions participantes sont le meilleur véhicule pour les cousins. Ils pourront réaliser du gain en capital un jour en vendant leurs actions si tout va bien pour Maigrepourtoujours. Peut-être même pourront-ils recevoir des dividendes pour lesquels le traitement fiscal est plus favorable que pour les revenus d'intérêt⁸⁹. Un placement en actions permettra également de réclamer une perte déductible au titre de placement d'entreprise⁹⁰ si la situation tourne mal. Les cousins ne pourraient réclamer une perte en capital pour un prêt sans intérêt⁹¹ à Maigrepourtoujours qui devient une créance irrécouvrable.

Cet octroi devrait être basé sur la JVM de la société, souvent déterminée par un tiers spécialisé dans l'évaluation d'entreprises. Ces coûts supplémentaires arrêtent souvent les fondateurs qui choisissent plutôt un simple prêt remboursable sur une longue période au lieu d'émettre des actions à ces investisseurs.

Dans le cadre de cette émission, il est capital que les cousins signent une convention dans laquelle nous retrouverons une clause d'interdiction de cession des actions de la société, un droit de premier refus en faveur des autres actionnaires et un engagement de confidentialité. La convention devrait également contenir un droit d'entraînement inversé. Un droit d'entraînement inversé permet à un détenteur ou à un groupe de détenteurs d'actions comportant un certain pourcentage de droits de vote (par exemple, 51 %) qui reçoit une offre d'un tiers se proposant d'acquérir la totalité des actions de la société de forcer les autres actionnaires (les minoritaires) à vendre leurs actions à ce tiers aux mêmes termes et conditions. L'un des buts de cette clause est d'éviter qu'un actionnaire détenant un très faible pourcentage d'actions de la société puisse empêcher la vente de la société.

3.2.3. Investissement par les cousins

Discutons de l'application des règles d'association avec les trois cousins qui ont manifesté le désir d'investir dans Maigrepourtoujours.

Ils sont chacun actionnaires de SPCC et détiennent de 40 % à 60 % des actions votantes et participantes. Les trois cousins ne sont pas liés entre eux

⁸⁹ Le taux marginal est de 32,81 % pour un dividende comparativement à 48,22 % pour le revenu d'intérêt.

⁹⁰ Al. 39(1)c) L.I.R.

⁹¹ S.-al. 40(2)g)(ii) L.I.R.

selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁹² et sont actionnaires de trois sociétés différentes. Les informations sur les cousins sont les suivantes :

Cousin	Société	Actions détenues
Roger	AGB inc.	40 % des actions votantes
Claude	CCD inc.	50 % des actions votantes
Marcel	M2M inc.	60 % des actions votantes

Roger, Claude et Marcel détiendront chacun 5 % des actions votantes et participantes de Maigrepourtoujours. AGB inc., CCD inc. et M2M inc. ne seront donc pas associées à Maigrepourtoujours⁹³.

3.3. DÉDUCTIBILITÉ DES INTÉRÊTS

Analysons la déductibilité des intérêts que Maigrepourtoujours supportera à la suite des fonds qui seront obtenus lors d'un emprunt. La déductibilité des intérêts sera liée au nouvel article 3.1 L.I.R. Donc, si Maigrepourtoujours ne peut justifier une ERP pour une année, les intérêts payés ou courus pour cette année ne seront pas déductibles puisque les pertes ne le seront pas. C'est la même problématique que pour les pertes autres qu'en capital.

Le nouvel article 3.1 L.I.R. pourrait influencer la capitalisation de Maigrepourtoujours. Ainsi, la direction pourrait réduire les dépenses d'intérêt en ayant recours aux actions plutôt qu'à la dette. Il peut y avoir des conséquences fiscales si la société utilise des actions privilégiées comme nous l'avons vu à la section 2.2.2. D'un autre côté, l'émission de nouvelles actions participantes ne fera que diluer la participation des actionnaires fondateurs. Il n'y a pas d'équation qui nous permette d'établir la répartition idéale de la dette, des actions privilégiées et des actions participantes.

⁹² Par. 251(2) L.I.R.

⁹³ Art. 256 L.I.R.

Notre interprétation du nouvel article 3.1 L.I.R. est que l'ERP existe à chaque année pour Maigrepourtoujours. Oui, l'entreprise traverse des crises de liquidités comme toute jeune entreprise, mais les prévisions financières sont là pour continuer à nous faire croire au succès de l'entreprise. Les dirigeants se sont fait aider de spécialistes pour concocter un bon plan d'affaires. La société parviendra toujours à obtenir du financement malgré qu'elle soit toute nouvelle.

Nous analyserons la déductibilité des dépenses d'intérêt pour chaque emprunt en tenant compte du nouveau *Bulletin d'interprétation* IT-533⁹⁴. L'ARC a mentionné qu'elle allait appliquer le *Bulletin d'interprétation* IT-533 qui est plus souple que le nouvel article 3.1 L.I.R. C'est quand même inquiétant de devoir s'en remettre à l'ARC qui devrait interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu* de façon souple.

3.3.1. Prêt à Maigrepourtoujours par Mme Petit

Mme Petit a emprunté 125 000 \$ à un taux de 7 % pour financer Maigrepourtoujours à court terme. Nous lui avons conseillé de faire un prêt à demande à Maigrepourtoujours au lieu d'investir dans des actions, compte tenu notamment qu'elle souhaite récupérer aisément la somme investie. Mme Petit désirant donner un petit coup de pouce à Maigrepourtoujours, le prêt ne portera pas intérêt. Pour éviter tout malentendu dans l'avenir, Maigrepourtoujours émettra un billet à Mme Petit constatant cet emprunt.

La question est de savoir si Mme Petit pourra déduire les intérêts sur l'emprunt effectué auprès de la banque pour procéder à l'investissement. Le paragraphe 25 du *Bulletin d'interprétation* IT-533 énumère les exceptions pour lesquelles il est possible de déduire les frais d'intérêt pour effectuer un prêt sans intérêt. Mme Petit bénéficiera de l'une de ces exceptions. En effet, à titre de détentrice d'actions participantes de Maigrepourtoujours, elle pourra recevoir plus de dividendes dans l'avenir si Maigrepourtoujours n'a pas à lui payer des intérêts. Dans ce contexte, Mme Petit pourra donc déduire les frais d'intérêt tant que l'argent sera prêté à Maigrepourtoujours et qu'elle détiendra des actions ordinaires.

⁹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-533, « Déductibilité de l'intérêt et questions connexes », 31 octobre 2003.

3.3.2. Investissement additionnel par Mme Petit

Analysons brièvement les règles d'association pour Mme Petit qui a fait un prêt à Maigrepourtoujours pour savoir s'il y aurait des implications fiscales.

L'investissement de 125 000 \$ de Mme Petit sous forme de billet à demande ne lui permettra pas de contrôler économiquement Maigrepourtoujours. De toute façon, puisque Mme Petit ne détient pas d'actions dans d'autres sociétés, l'investissement n'aura pas d'effet sur les règles d'association.

3.3.3. Le capital de risque convivial

L'injection de fonds par les cousins sous forme d'actions participantes dans Maigrepourtoujours est préférable parce qu'ils pourront profiter comme Mme Petit de l'exception prévue au paragraphe 25 du *Bulletin d'interprétation* IT-533 s'ils ont emprunté l'argent et qu'ils paient des frais d'intérêt pour effectuer leur mise de fonds.

3.3.4. Achat des actions de Maigrepourtoujours

Personne n'a exprimé le souhait de vendre ses actions de Maigrepourtoujours puisque toutes les démarches de l'entreprise ont jusqu'ici été couronnées de succès. Néanmoins, pour être à l'affût de toutes les occasions, nous allons examiner la déductibilité des intérêts dans le contexte où des actionnaires de Maigrepourtoujours décideraient de faire l'acquisition des actions d'autres actionnaires qui désirent se retirer de la société.

Assumons que les actionnaires fondateurs, à la suite de l'exercice d'une clause dans la convention entre actionnaires, achètent des actions en circulation de Maigrepourtoujours pour accroître leur participation au capital de la société avant que celle-ci ne réalise son plein potentiel. La proposition est la suivante : M. GrosJean et Mme Petit souscriraient chacun à 50 % des actions participantes d'une nouvelle société de portefeuille (ci-après « Porteco »). Porteco emprunterait la totalité ou une partie de la somme pour acheter les actions de Maigrepourtoujours. Cette proposition est avantageuse pour le vendeur qui pourrait réaliser du gain en capital au lieu d'un dividende si les actions étaient rachetées.

Toute la problématique de la déductibilité des intérêts se pose alors pour Porteco. Il faudrait générer des revenus dans Porteco. La rémunération de

M. GrosJean et de Mme Petit puis de quatre autres employés de Maigrepourtoujours pourrait être payée par Porteco. Porteco rendrait des services à Maigrepourtoujours et facturerait cette dernière en majorant les frais encourus de 15 %. Toutefois, tant qu'il aura des SCR actionnaires de Maigrepourtoujours, il est peu probable qu'elles acceptent que des revenus de Maigrepourtoujours soient transférés à Porteco.

Une autre solution serait de fusionner Porteco et Maigrepourtoujours sous réserve de l'approbation des actionnaires. Les intérêts payés pour acquérir les actions de Maigrepourtoujours seraient déduits des revenus réalisés par Maigrepourtoujours. Le paragraphe 21 du *Bulletin d'interprétation* IT-533 précise qu'il est alors possible de faire le lien en rapport avec l'utilisation actuelle de l'argent emprunté et les actions qui ont été acquises. Il n'y aurait pas de problème à procéder de cette façon et les intérêts seraient déductibles.

3.3.5. Rachat des actions de Maigrepourtoujours

Une autre situation que nous allons analyser dans le cadre de la déductibilité des intérêts est le rachat par Maigrepourtoujours de ses actions.

La situation entre les actionnaires peut faire en sorte qu'il soit préférable ou qu'il soit devenu obligatoire que Maigrepourtoujours rachète ses actions. Maigrepourtoujours pourrait devoir emprunter les fonds pour financer le rachat. Est-ce que les intérêts payés seront déductibles?

Nous invitons le lecteur à consulter certains textes à cet effet⁹⁵. Les paragraphes 22 et 23 du *Bulletin d'interprétation* IT-533 viennent confirmer la position administrative de l'ARC et la jurisprudence. L'ARC continue à accepter la position adoptée dans l'affaire *Trans-Prairie Pipelines, Ltd. c. MRN*⁹⁶. Les intérêts sont déductibles lorsque l'argent emprunté vise à racheter des actions privilégiées. L'ARC accepte le concept d'utilisation indirecte de l'argent dans cette situation.

⁹⁵ Voir le texte de Jean-Guillaume SHOONER, « Déductibilité des intérêts, des frais financiers et autres paiements de l'entreprise en difficulté », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 24:1-64; François BARETTE, Gaétan BISSON, Marc VANASSE et Paul LYNCH, « Présentation sur la déductibilité des intérêts à l'Association de planification fiscale et financière », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 36:1-50.

⁹⁶ 70 D.T.C. 6351 (C. de l'É.).

Le concept est qu'il y a un vide à combler au niveau de Maigrepourtoujours. Le capital investi originalement par les actionnaires et les bénéfices accumulés attribuables à cette partie du capital doivent être remplacés par de l'argent emprunté. Les intérêts empruntés par Maigrepourtoujours seront déductibles. La déductibilité des intérêts est toutefois limitée pour les actions participantes lorsque le prix de rachat de telles actions est parfois supérieur au capital et aux bénéfices non répartis (ci-après « BNR ») s'y rapportant. Dans ce cas, seulement la portion des intérêts attribuable au capital et aux BNR pour les actions participantes sera déductible. Par exemple, Maigrepourtoujours emprunte 100 \$ pour racheter une de ses actions. Le capital versé est de 10 \$ par action et un montant de 30 \$ des BNR apparaissant aux états financiers est attribuable à cette action. Les intérêts seront déductibles seulement jusqu'à concurrence de la partie attribuable à 40 \$ de l'emprunt, soit le total du capital versé et des BNR.

Une autre solution acceptée par l'ARC est que Maigrepourtoujours émette un billet portant intérêt pour racheter ses actions⁹⁷.

3.4. L'APPEL PUBLIC À L'ÉPARGNE EFFECTUÉ DE FAÇON INVOLONTAIRE

Certains moyens utilisés par les dirigeants de Maigrepourtoujours pour la recherche de financement doivent être examinés de plus près. La sollicitation effectuée par Mme Petit auprès de tous les gens d'affaires de la région de Sherbrooke ainsi que la création potentielle d'une section « financement recherché » sur le site Internet Maigrepourtoujours.com pourraient avoir des conséquences fâcheuses pour la société. Ils pourraient en effet s'agir de contraventions à la *Loi sur les valeurs mobilières*.

3.4.1. Impact légal

La *Loi sur les valeurs mobilières* s'applique à diverses formes d'investissements, dont les valeurs mobilières (actions, obligations, bons de souscription, etc.) et les titres d'emprunts⁹⁸, en imposant, sous réserve de diverses exceptions ou dispenses, à une personne souhaitant procéder au placement d'une valeur l'obligation d'établir un prospectus soumis au visa de l'Autorité des marchés financiers (autrefois connue sous le nom de Commission des valeurs mobilières du Québec)⁹⁹.

⁹⁷ *Penn Ventilator Canada Ltd. c. La Reine*, 2002 D.T.C. 1498 (C.C.I.).

⁹⁸ Art. 1 L.V.M.Q.

⁹⁹ Art. 11 L.V.M.Q.

Le paragraphe 3(2) L.V.M.Q. dispense de l'obligation d'établir un prospectus pour le placement « de titres émis par une société fermée, pourvu que leur émission ne soit pas faite à l'encontre de ses documents constitutifs et que leur placement ne soit pas fait par la voie d'un appel public à l'épargne ».

Maigrepourtoujours est une « société fermée » au sens de l'article 5 L.V.M.Q. En effet, le professionnel juridique, membre de votre équipe multidisciplinaire, s'est assuré, lors de la constitution de la société, que les statuts « prévoient des restrictions à la libre cession des actions, interdisent l'appel public à l'épargne et limitent le nombre des actionnaires à 50, déduction faite de ceux qui sont ou ont été des salariés de la société ou d'une filiale ». L'absence de telles dispositions aurait eu pour conséquence que chacune des émissions d'actions soit considérée comme une contravention à la *Loi sur les valeurs mobilières*. Par contre, l'article 54 L.V.M.Q. aurait pu régulariser la situation tant que le nombre d'actionnaires n'aurait pas été supérieur à cinq et que la contravention ne se serait produit qu'une fois au cours des 12 derniers mois.

Il faudra donc vérifier s'il y a eu appel public à l'épargne lors de la sollicitation effectuée par Mme Petit auprès de la communauté d'affaires de Sherbrooke ou s'il y aurait appel public à l'épargne dans l'éventualité d'une demande de financement publiée sur le site Maigrepourtoujours.com. La question de savoir s'il y a eu ou non appel à l'épargne est une question de fait devant être déterminée au cas par cas. Toutefois, deux tests ont été dégagés de l'affaire *Shelter Corp. of Canada Ltd. (1977) c. s. 59 of the Securities Act*¹⁰⁰ pour définir les personnes qui peuvent être exclues de la notion de « public », soit :

- a) le *Need to know test* par lequel on cherchera à savoir si la ou les personnes qui souscrivent des valeurs mobilières ont besoin de l'information que divulgue un prospectus; et
- b) le *Common bond of interest or association test* par lequel on cherchera à savoir s'il y a des liens communs (c'est-à-dire, famille ou amis) ou d'association (c'est-à-dire, partenaires d'affaires) entre l'investisseur et la société ou ses dirigeants.

¹⁰⁰ [1976] 1 B.L.R. 25 (O.S.C.).

Étant entendu que si la réponse à ces tests conclut que les personnes sont exclues de la notion publique, alors le risque de contravention à la *Loi sur les valeurs mobilières* diminue.

La sollicitation par le biais du site Internet devra être vigoureusement déconseillée à Maigrepourtoujours par votre équipe car les émissions d'actions en résultant seraient qualifiées d'appel public à l'épargne.

Le cas des demandes de financements effectuées auprès des gens d'affaires de la région natale de Mme Petit doit être analysé en profondeur. Tout d'abord, la définition de placement dans la *Loi sur les valeurs mobilières* comprend la recherche de souscripteurs effectuée par l'émetteur des titres, ce qui veut dire que Mme Petit a vraisemblablement contrevenu à la *Loi sur les valeurs mobilières* par ses démarches. Cependant, puisque ces démarches n'ont pas mené à l'émission de valeurs mobilières, nous voyons mal comment l'Autorité des marchés financiers pourrait sévir dans de telles circonstances.

Ensuite, vous demanderez davantage de détails sur les faits entourant l'investissement de M. Prosper (qui sera effectué sous la forme d'une souscription à une débenture convertible). Mme Petit vous indique que M. Prosper est un ami intime de son père, qu'elle le connaît depuis la plus tendre enfance, qu'il est un investisseur aguerri à la tête d'une fortune considérable et qu'il connaît bien la société (il a servi de mentor à Mme Petit à chaque étape de l'aventure Maigrepourtoujours). Il est raisonnable de croire que l'émission de titres en faveur de M. Prosper ne constituait pas un appel public à l'épargne.

Nous soulignons ici que, contrairement à la croyance populaire, l'article 51 L.V.M.Q., qui stipule que « le prospectus n'est pas exigé pour le placement sans publicité d'une valeur lorsque le coût total de souscription ou d'acquisition est d'au moins 150 000 \$ par personne, à condition que chaque personne agisse pour son propre compte. [...] », ne rendrait pas valable un appel public à l'épargne effectué en contravention avec les principes énoncés ci-dessus même si le prix de souscription excède 150 000 \$.

3.4.2. Les conséquences de la contravention à la *Loi sur les valeurs mobilières*

Si une émission de titres avait été effectuée en faveur d'une personne avec laquelle Mme Petit n'avait entretenu aucun lien particulier, les conséquences auraient été nombreuses.

Tout d'abord, la *Loi sur les valeurs mobilières* stipule que :

- « la personne qui a souscrit [...] des titres à l'occasion du placement d'une valeur effectuée sans le prospectus exigé par le titre deuxième peut demander à son choix la nullité du contrat ou la révision du prix, sans préjudice de sa demande en dommages et intérêts »¹⁰¹;
- l'amende est de 5 000 \$ à 1 M\$ dans le cas du placement sans prospectus en contravention avec son article 11 L.V.M.Q.¹⁰² (tant la société que Mme Petit seraient passibles de cette amende);
- « quiconque procède à un placement en contravention de l'article 11 [...] est passible, en outre de l'amende prévue à la disposition pénale applicable, d'un emprisonnement d'au plus cinq ans moins un jour [...] ».

Au surplus, toute émission d'actions dans le cadre d'un appel public à l'épargne effectuée par Maigrepourtoujours sans suppression des mentions contenues à ses statuts relatives au statut de société fermée serait invalide d'un point de vue corporatif. Cette situation pourrait notamment empêcher les conseillers juridiques de la société d'émettre un avis juridique demandé par l'un ou l'autre des investisseurs subséquents ou par les autorités réglementaires dans le cadre d'un premier appel public à l'épargne.

Bien qu'une société soit réputée une société publique au sens des lois corporatives, elle n'acquiert pas nécessairement ce statut aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

En effet, en vertu des paragraphes 89(1) et 248(1) L.I.R., toute société qui réside au Canada sera automatiquement une société publique si une ou plusieurs catégories d'actions de son capital-actions sont admises à une Bourse de valeurs au Canada visée par l'article 3200 R.I.R. Dès qu'une société a une catégorie de ses actions inscrite à une Bourse canadienne, elle perd automatiquement, sans aucune formalité, son statut de société privée et devient une société publique.

¹⁰¹ Art. 214 L.V.M.Q. De plus, l'alinéa 2 prévoit que « le demandeur peut poursuivre, selon le cas, l'émetteur ou le porteur dont les titres ont été placés sans prospectus, le promoteur de l'affaire, leurs dirigeants ou le courtier chargé du placement ».

¹⁰² Art. 204 L.V.M.Q.

Une société peut aussi faire un choix et demander à devenir publique selon les modalités réglementaires ou encore peut être désignée société publique par le ministre. Les alinéas 4800(1)a) et 4803(2)a) R.I.R. fixent les conditions afin que la société puisse faire ce choix ou que le ministre puisse la désigner comme telle. Ces conditions sont les suivantes :

- a) une catégorie d'actions du capital-actions de la société, désignée par la société dans son option ou, selon le cas, par le Ministre dans son avis à la société, doit être admissible à une répartition dans le public;
- b) lorsque les actions offertes sur le marché sont des actions ordinaires, il ne doit pas y avoir moins de 150 actionnaires et, s'il ne s'agit pas d'actions ordinaires, il ne doit pas y avoir moins de 300 actionnaires. Dans les deux cas, chaque actionnaire doit détenir un bloc d'actions ayant une JVM totale non inférieure à 500 \$;
- c) les dirigeants de la société ne doivent pas détenir plus de 80 % des actions émises et en circulation de cette catégorie.

Une société dont aucune action n'est inscrite à un marché boursier au Canada ou hors du Canada peut aussi faire l'objet d'une telle désignation par le Ministre. Une société privée pourrait fort bien être désignée société publique par le Ministre aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En effet, dès qu'une société privée remplit les conditions ci-dessus, le Ministre peut, par avis écrit à la société, la désigner société publique. Cette possibilité ne doit pas être négligée puisqu'un nombre important de sociétés peuvent effectivement répondre à ces conditions. À titre d'exemple, beaucoup de sociétés pour lesquelles les actions sont négociées sur le Canadian Dealing Network, c'est-à-dire sur un marché secondaire hors Bourse communément appelé « au comptoir », pourraient être soumises à cette désignation par le Ministre. Plusieurs de ces sociétés ont quelques centaines d'actionnaires et leurs actions sont admissibles à une répartition dans le public par l'entremise de différents courtiers, sans toutefois être inscrites à un des marchés boursiers visés par les articles 3200 et 3201 R.I.R. Ainsi, sans le savoir, plusieurs actionnaires pourraient perdre un nombre considérable d'avantages fiscaux puisque les sociétés peuvent être désignées sociétés publiques sur simple avis du Ministre¹⁰³.

¹⁰³ Par. 4800(1) R.I.R.

Dans la situation qui nous concerne, puisque Maigrepourtoujours ne remplit pas la définition de société publique au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, elle garderait son statut de SPCC.

3.5. L'INJECTION DE FONDS PAR UN ANGE INVESTISSEUR

Une bonne façon d'obtenir du financement et de précieux conseils de gestion est de recruter un ange financier.

3.5.1. Description de l'investissement

Les « anges financiers » ou « anges investisseurs » sont des investisseurs privés, généralement à la retraite, qui risquent leurs fonds personnels en échange d'une participation importante dans l'entreprise et d'une présence au conseil d'administration.

Les anges investisseurs sont habituellement des gens fortunés (par exemple, des entrepreneurs ou des cadres supérieurs à la retraite) qui veulent non seulement investir de l'argent, mais aussi faire bénéficier une entreprise de leur précieuse expérience professionnelle. D'autres sont de riches membres des professions libérales, comme des médecins ou des avocats, qui préfèrent jouer un rôle plus passif dans la gestion de l'entreprise.

Les modalités de l'investissement d'un ange financier peuvent varier énormément d'un cas à l'autre. Ces investisseurs, agissant pour leur propre compte, n'ont pas de règles fixes à suivre. En plus des facteurs habituels pouvant influencer sur les termes et conditions d'un financement tels que le degré de risque et la qualité de l'équipe de gestion, la tolérance de l'ange investisseur au risque, ses liens avec la direction de l'entreprise, sa connaissance du domaine et son souhait d'aider au développement de l'économie sont autant d'éléments additionnels en jeu.

Il n'est pas rare que les anges financiers injectent de 25 000 \$ à 250 000 \$, majoritairement sous forme de capitaux propres, donc sans garantie, assortis d'un taux de rendement d'environ 30 %. Les anges financiers peuvent se montrer exigeants, car ils sont les plus disposés à investir à l'étape du prédémarrage et du démarrage.

La plupart des anges investisseurs ne veulent pas détenir le contrôle de l'entreprise, mais s'attendent à un rendement élevé. Ils exigeront généralement un investissement considérable en temps et en argent des actionnaires dans l'entreprise en gage de leur détermination à réussir.

L'arrivée d'un ange financier accélère le lancement d'une entreprise parce que les anges investisseurs concentrent très souvent leur action dans des domaines d'activités qu'ils connaissent bien. En règle générale, les anges financiers fournissent non seulement du capital, mais aussi leur expérience, leur savoir-faire et leurs réseaux de contacts. Ils veulent habituellement jouer un rôle actif au sein des entreprises dans lesquelles ils investissent. Réciproquement, ces dernières cherchent généralement à profiter de leur expérience, particulièrement si ces compétences font défaut au sein de leur organisation.

Finalement, l'ange financier jouera un rôle important dans la recherche de fonds additionnels nécessaires à la croissance de l'entreprise. Il faut également se rappeler que l'ange investisseur est un « investisseur » et qu'il cherchera éventuellement une porte de sortie à son investissement, que ce soit par la vente de la société ou par l'accès de cette dernière au marché public ou par le rachat de sa participation.

3.5.2. Prêt par M. Prosper

Regardons l'application des règles d'association avec la venue de M. Prosper.

Posons comme hypothèse que M. Prosper est actif dans plusieurs entreprises. Heureusement, il ne détiendra pas d'actions de Maigrepourtoujours. Les autorités fiscales auraient à justifier que M. Prosper contrôle économiquement ou dans les faits Maigrepourtoujours et que la même situation de contrôle économique ou de fait s'applique à une autre société dans laquelle M. Prosper est impliqué pour que les deux sociétés soient associées. Le prêt de M. Prosper étant convertible en actions, il faut donc considérer cet élément aux fins de déterminer si Maigrepourtoujours sera associée à une ou d'autres sociétés¹⁰⁴.

Les exigences des anges investisseurs sont parfois telles que ceux-ci contrôlent les sociétés dans lesquelles ils investissent. Votre équipe devra appuyer les dirigeants de Maigrepourtoujours afin que les pouvoirs octroyés à M. Prosper n'aient pas pour effet de lui faire contrôler la société et devra valider avec les conseillers fiscaux de M. Prosper son implication dans d'autres sociétés.

¹⁰⁴ Al. 256(1.4)a) L.I.R.

Le nouveau paragraphe 127(10.22) L.I.R. qui désassocie deux sociétés pour le taux des crédits d'impôt relativement à la RS & DE n'aurait pas d'application avec M. Prosper puisqu'il ne détiendra pas d'actions de Maigrepourtoujours. Il serait souhaitable que le nouveau paragraphe 127(10.22) L.I.R. soit élargi afin de viser des situations de contrôle économique et de faits¹⁰⁵.

Les mesures fiscales du Québec pour désassocier deux sociétés associées ne s'appliquent pas dans une telle situation.

3.5.3. Prêt participatif sur le plan fiscal

Un des types de prêt pouvant être envisagé pour l'investissement de M. Prosper est un prêt participatif.

Un prêt avec un élément de participation constitue un instrument financier hybride puisqu'au moins une partie du rendement du prêt est basée sur des critères qui influent habituellement sur des investissements sous forme d'équité. Ainsi, pour ce type de prêt, au moins une partie du rendement est calculée en fonction des recettes, des bénéfices, du flux de trésorerie, du prix des marchandises et/ou d'autres critères analogues. L'avantage d'une telle forme de financement est que le taux exigé par le prêteur (sans considérer l'élément de participation) est souvent moindre que celui du marché. Ce taux moindre est, cependant, ultérieurement compensé par un paiement participatif.

Le but du présent texte ne consiste pas à analyser en détail la question du prêt participatif, nous nous limiterons à commenter la position administrative de l'ARC exposée au paragraphe 2 du *Bulletin d'interprétation* IT-533, laquelle position fait suite à l'arrêt *La Reine c. Sherway Centre Ltd.*¹⁰⁶

Ainsi, dans ce bulletin, l'ARC précise que les paiements participatifs qui constituent des intérêts sont déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)c) L.I.R. si les conditions suivantes sont remplies :

¹⁰⁵ Voir la section 4.4.1.

¹⁰⁶ 98 D.T.C. 6121 (C.A.F.).

- le paiement se limite à un pourcentage fixe du capital (ou les faits démontrent que les paiements visaient à obtenir un taux d'intérêt comparable au taux en vigueur sur le marché);
- le taux limitatif, les cas échéant, reflète les taux d'intérêt commerciaux en vigueur entre parties n'ayant pas de lien de dépendance et il n'y a pas d'autres faits qui indiquent la présence d'un placement en actions.

Finalement, il a été convenu avec M. Prosper que son prêt soit convertible selon des paramètres de conversion qui seront fixés. Il n'est donc pas question de débenture participative en fonction de recettes ou de bénéfices de Maigrepourtoujours.

3.5.4. Prêt à intérêts différés sur le plan fiscal

Certains contrats de prêt prévoient que le paiement des intérêts sera différé si certains ratios financiers ne sont pas respectés. Par exemple, le débiteur peut reporter le paiement des intérêts si un ratio du fonds de roulement déterminé n'est pas respecté. Il faut néanmoins qu'il y ait obligation légale de payer les intérêts pour que les intérêts soient déductibles. Le débiteur pourrait ne pas avoir d'obligation légale de verser les intérêts dans certaines situations et la déductibilité des intérêts serait carrément remise en question.

Les arrêts *Redclay Holdings Ltd. c. La Reine*¹⁰⁷ et *Barbican Properties Inc. c. La Reine*¹⁰⁸ ont mis en lumière la problématique des financements à recours limité du créancier. C'est donc un facteur supplémentaire à considérer pour Maigrepourtoujours dans les propositions de financement qu'elle analysera¹⁰⁹.

Il existe des solutions pour déduire les intérêts. Ainsi, les intérêts peuvent être payés avec l'émission d'un instrument financier ou le créancier prête de nouveau au débiteur un montant égal aux intérêts impayés qui sera soumis aux conditions du prêt original.

¹⁰⁷ 96 D.T.C. 1207 (C.C.I.).

¹⁰⁸ 97 D.T.C. 122 (C.C.I.).

¹⁰⁹ Voir le texte de Christophe DE KOSTER, « Intérêts et frais financiers : le point sur la quasi-équité », dans *Congrès 2000*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2001, pp. 36:1-28, aux pages 36:17-26.

3.5.5. Convention de prêt convertible

M. Prosper, comme plusieurs de ses pairs anges investisseurs, exige que le prêt qu'il consent à la société soit convertible à sa demande. Avant d'aborder avec l'équipe de dirigeants de Maigrepourtoujours les diverses modalités de la convention de prêt, il est opportun que vous vérifiiez si l'entente commerciale avec M. Prosper respecte certaines dispositions légales applicables dans un tel contexte.

3.5.5.1. Taux d'intérêt

En ce qui a trait aux intérêts chargés par un prêteur, il est important de mentionner que selon la *Loi sur l'intérêt*¹¹⁰, si la période au cours de laquelle ce prêt doit être remboursé par l'emprunteur est moins d'un an et que les intérêts convenus entre les parties sont calculés pour une période autre qu'annuelle, cet intérêt ne pourra être supérieur à 5 % sauf dans le cas où la convention stipule expressément l'équivalence de ce taux par an. Il est donc très important, lorsque vous conseillez le prêteur, de vous assurer que l'intérêt stipulé dans la convention de prêt, si cet intérêt est exprimé par jour, par semaine ou par mois, ait une équivalence pour une année donnée. À défaut, les dispositions de la *Loi sur l'intérêt* ramèneraient le taux à 5 % par an¹¹¹.

De plus, l'article 347 du *Code criminel*¹¹² stipule que :

« quiconque conclut une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel ou perçoit, même partiellement, des intérêts à un taux criminel, est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans ou est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'une amende maximale de 25 000 \$ et d'un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines ».

La *Code criminel* définit le taux criminel comme étant tout taux d'intérêt effectif annuel qui dépasse 60 % du capital prêté. Autre précision importante, le *Code criminel* indique que l'on doit tenir compte dans la définition d'intérêt de l'ensemble des frais, soit les commissions, les

¹¹⁰ L.R.C. (1985), c. I-15.

¹¹¹ Art. 4 de la *Loi sur l'intérêt*.

¹¹² L.R.C. (1985), c. C-46 et mod. (ci-après « C.cr. »).

pénalités et les indemnités qui sont payées ou payables à qui que ce soit par l'emprunteur ou pour son compte en contrepartie du capital prêté ou à prêter.

3.5.5.2. Garantie

Dans l'éventualité où une débenture est garantie par hypothèque, l'article 2692 C.c.Q. exige que cette hypothèque soit reçue devant notaire et que les investisseurs nomment un fondé de pouvoir. Quoique des doutes puissent être exprimés selon qu'il s'agit de l'intention du législateur, la prudence s'impose en raison de la conséquence, soit la nullité absolue de l'hypothèque. Le conseiller de M. Prosper y portera une attention particulière. Une approche moins risquée et moins coûteuse sera de conclure une convention de prêt comportant les paramètres commerciaux souhaités.

3.5.5.3. Modalité d'une convention de prêt convertible

Les paramètres principaux d'une convention de prêt convertible sont les suivants :

- **le taux d'intérêt à laquelle la dette portera intérêt** : un taux d'intérêt plus pénalisant est généralement prévu pour toute somme payée en retard; les règles décrites à la section 3.5.5.1. devront être respectées; compte tenu du besoin de liquidités de Maigrepourtoujours, il serait pertinent que l'intérêt soit convertible ou remboursable selon les mêmes modalités que le capital;
- **la date d'échéance à laquelle les intérêts et le capital sont remboursables** : Maigrepourtoujours devra s'assurer de disposer d'une période suffisamment longue pour se rendre à sa prochaine ronde de financement;
- **les événements de conversion** : la date d'échéance ne sera pas le seul événement de conversion : un changement de contrôle de la société, la fusion de la société, la vente d'une partie substantielle des actifs de la société, la dissolution de la société et la conclusion d'un financement de plus d'un certain montant déterminé seront également des événements de conversion;
- **les modalités de conversion** : M. Prosper, comme bien des investisseurs providentiels le font, exige un droit de conversion en tout temps. Seul le taux de conversion demeure négociable. La plupart des prêts convertibles consentis par un ange financier, compte tenu de la difficulté à ce stade de l'entreprise de s'entendre sur une évaluation de la société (les fondateurs

réfléchissant en termes de rendements providentiels et le financier en termes de risques démesurés), seront convertibles à un pourcentage (variant selon le risque assumé) du prix d'émission de la prochaine transaction;

- **les consentements requis** : M. Prosper exigera probablement certains droits de veto lors de la prise de certaines décisions concernant les activités de la société. Effectivement, compte tenu de l'argent investi, il voudra s'assurer d'avoir un certain pouvoir de décision, tant avant qu'après la conversion du prêt, sur l'ensemble des décisions cruciales pour la société;
- **les obligations d'information** : l'obligation de fournir les informations financières semblables à celles décrites pour les capital-risqueurs à la section 4.1.4.3.;
- **la convention entre actionnaires** : les droits et obligations de M. Prosper en vertu de la convention entre actionnaires conclue dans l'éventualité d'une conversion, tel qu'il est plus amplement détaillé à la section 3.5.6.

3.5.6. Convention entre actionnaires

L'injection de fonds de M. Prosper par voie de prêt convertible ne modifiera pas dans l'immédiat la convention entre actionnaires. En effet, M. Prosper ne détient aucune action de la société à la suite de cette injection de fonds et n'a donc pas à devenir partie à la convention entre actionnaires.

Toutefois, il est essentiel de s'entendre dès maintenant sur les principales clauses d'une convention entre actionnaires qui régira la relation entre les parties lorsque M. Prosper exercera son droit de conversion. Toutes les clauses que nous avons mentionnées précédemment à la section 2.5. du présent texte se retrouveront dans cette convention entre actionnaires. Effectivement, l'interdiction de transfert, le droit de premier refus, le droit de préemption, le financement de la société et la clause de décès se retrouveront tous dans cette nouvelle convention entre actionnaires sans trop de modifications.

Par contre, il est probable que M. Prosper exige non seulement une disposition selon laquelle il pourra nommer un membre au conseil d'administration mais aussi que le représentant fasse partie du quorum pour que ces réunions soient légalement tenues. Il s'assure ainsi une présence à toutes les réunions du conseil d'administration de la société. Il exigera en

plus la mise en place d'une assurance responsabilité des administrateurs. Tel qu'il a été mentionné plutôt, il exigera également de maintenir les droits de veto contenus dans la convention de prêt convertible¹¹³. En ce qui concerne les clauses d'expulsion d'un actionnaire, à l'exception des sous-paragraphes iv), v) et vi) de la section 2.5.6. du présent texte, M. Prosper se soumettra à ce type de clause. Toutefois, puisqu'il aura un rôle passif à jouer dans l'entreprise, les clauses de retrait des affaires prévoyant un apport quotidien dans la société ne pourront être soulevées contre lui.

M. Prosper ne voudra pas se soumettre à un engagement de non-concurrence mais comprendra la nécessité d'être lié par une clause de non-sollicitation et de confidentialité en faveur de Maigrepourtoujours. Il exigera également d'ajouter un droit de suite, soit un droit permettant aux actionnaires minoritaires, dans l'éventualité d'un changement de contrôle de la société, d'empêcher ce changement de contrôle si l'acquéreur des actions n'achète pas en même temps leurs propres actions aux mêmes termes et conditions. Cette clause crée un marché pour les actions de l'actionnaire minoritaire et lui permet de ne pas se retrouver en présence d'un actionnaire majoritaire qu'il n'aurait pas choisi. En échange, vous vous assurerez que vos clients, les actionnaires fondateurs, continuent de bénéficier d'une clause de droit d'entraînement (voir la section 4.1.4.3.). En ce qui concerne la clause de résolution de conflit, il est entendu que M. Prosper voudra faire disparaître la clause *shot gun*. Comme M. Prosper possèdera un droit de veto, il serait important de suggérer à Mme Petit et M. GrosJean de négocier une clause d'option d'achat des actions qu'il détient du capital-actions de Maigrepourtoujours advenant le cas d'une impasse, selon les termes et conditions acceptables pour toutes les parties.

3.6. PROGRAMME IMMIGRANTS INVESTISSEURS

Compte tenu que vos clients ne peuvent procéder à la recherche de financement par le biais de leur site Internet, le responsable de la recherche de financement de votre groupe a choisi de présenter à la direction de Maigrepourtoujours le programme immigrants investisseurs. Ce programme est administré par IQ Immigrants Investisseurs inc., une filiale d'Investissement Québec, et vise à favoriser le développement économique du Québec en permettant l'octroi d'une aide financière aux entreprises québécoises.

¹¹³ Voir la partie sur les consentements à la section 3.5.5.3.

Avec ce programme, IQ Immigrants Investisseurs inc. verse à l'entreprise une contribution financière non remboursable sur une période de quatre ans. Le montant de cette aide ne peut être inférieur à 40 000 \$ et ne peut excéder 10 % des coûts du projet (ou 15 % pour les entreprises en démarrage). De plus, l'aide financière est limitée à 500 000 \$ par entreprise par période de trois ans.

L'admissibilité du projet et de l'entreprise est déterminée en fonction de certains critères, notamment :

- l'entreprise admissible doit avoir un actif total consolidé ne dépassant pas 35 M\$;
- les projets admissibles doivent être des projets d'investissement, d'innovation technologique, d'innovation en design ou de développement de marchés;
- l'entreprise doit faire partie de l'un des secteurs suivants : manufacturier, tourisme, recyclage, restauration environnementale, service d'appels centralisés et de la nouvelle économie, technologie de l'information à forte valeur ajoutée, aquiculture, mariculture, biotechnologie marine et certaines spécialités horticoles (les coopératives et les organismes à but non lucratif (OBNL) qui exploitent une entreprise dans d'autres secteurs d'activités peuvent également être admissibles);
- la rentabilité du projet et la compétitivité de l'entreprise.

4. RECHERCHE ET DÉVELOPPEMENT

Maigrepourtoujours est rendue à une autre étape de son développement. Les fondateurs désirent effectuer des recherches plus poussées sur le comprimé. Ces recherches permettront un traitement plus aisé des demandes de licences requises par Santé Canada et la détermination des effets secondaires possibles du comprimé. Afin de remplir tous ces objectifs, un investissement de plus de 4 M\$ sur un an est à prévoir.

M. GrosJean et Mme Petit vous présentent une lettre d'intention de la part de deux institutions de capital de risque se proposant d'investir une somme totale de 2,8 M\$. Une somme additionnelle de 1,2 M\$ sera nécessaire afin de financer les activités de la société pour la prochaine année.

4.1. CAPITAL DE RISQUE PRIVÉ

Le capital de risque privé est au Québec une source de financement importante pour les entreprises comme Maigrepourtoujours.

4.1.1. Description du capital de risque privé

Le Rapport du groupe de travail sur le rôle de l'État québécois dans le capital de risque, publié le 17 décembre 2003 par le groupe de travail présidé par M. Pierre Brunet, décrivait ainsi le rôle du capital de risque dans le financement des entreprises :

« Il est largement reconnu que l'industrie du capital de risque constitue un des éléments clés de l'innovation et du développement économique. Il s'agit d'un outil essentiel favorisant l'émergence et la croissance des entreprises, notamment celles des secteurs de la haute technologie, qui contribuent significativement à la modernisation de l'économie, à l'amélioration de sa productivité globale et à la création d'emplois¹¹⁴. »

Les sommes investies par un capital-risqueur le seront sous la forme de prises de participations, dans la majorité des cas non garanties, dans le capital de l'entreprise. Ce partenaire financier, prêt à prendre le risque de perdre la totalité de son investissement en échange d'un potentiel de rendement rapide et proportionnel à son risque, injecte habituellement des fonds dans un horizon d'investissement de plus ou moins cinq ans. Le niveau de risque élevé encouru par ce type d'investisseurs les distingue des institutions financières traditionnelles. Le Rapport Brunet indiquait ainsi :

« Dans cette industrie, pour 100 dossiers reçus, 10 seront retenus. De ces 10 dossiers, deux s'avéreront de retentissants échecs, six vivront un certain temps sans jamais vraiment décoller et, enfin, deux connaîtront un franc succès permettant aux investisseurs d'obtenir un rendement sur leurs investissements. Ainsi, il ne faut pas se surprendre du fait, qu'en raison de ses particularités propres, l'industrie du capital de risque commande, pour être viable, des taux de rendement plus élevés que le financement traditionnel (ex : bancaire)¹¹⁵. »

Le capital de risque investi au Canada est d'origine géographique diverse et il y a un très grand nombre de joueurs dans l'industrie canadienne. Au Québec, les institutions les plus connues sont la Caisse de dépôt et

¹¹⁴ Pierre BRUNET, *Rapport du groupe de travail sur le rôle de l'État québécois dans le capital de risque*, 17 décembre 2003, p. 15 (ci-après « Rapport Brunet »).

¹¹⁵ *Id.*, p. 16.

placement du Québec et ses filiales, les sociétés Innovatech, Desjardins Capital de risque, la Société générale de financement (ci-après « SGF »), la BDC, le Fonds de solidarité des travailleurs du Québec (FTQ) et ses fonds régionaux et Fondation CSN. Le rôle de plusieurs de ces entités est actuellement remis en question, créant une certaine incertitude à propos de leur présence dans l'avenir dans l'industrie du capital de risque.

En effet, l'industrie québécoise du capital de risque vit actuellement de profonds bouleversements en raison notamment de l'éclatement de la bulle technologique et du désengagement de l'État entrepris par le gouvernement québécois à la suite de la publication du Rapport Brunet. Notons toutefois que le journal *Les Affaires*, dans son édition du 14 août 2004, titrait que « Les capital-risqueurs sont de nouveau prêts à investir »¹¹⁶. L'auteur se basait sur les conclusions d'un sondage effectué auprès des investisseurs selon lequel, notamment, plus de 45 % des investisseurs répondants ont l'intention de se consacrer à la recherche de nouvelles occasions de croissance, tandis que moins du tiers (31 %) entendent plutôt passer la majeure partie de leur temps à la gestion de portefeuille.

4.1.2. Les instruments financiers utilisés dans le domaine du capital de risque privé

Jusqu'au moment de l'éclatement de la bulle technologique, grand nombre d'investissements effectués par les institutions de capital de risque québécoises revêtaient la forme de souscriptions à des actions ordinaires. La simplicité de la structure et le partage du risque avec l'entrepreneur au prorata des injections de fonds étaient ainsi favorisés.

Par la suite, les exigences d'un rendement de plus en plus élevé ont mené à des modifications substantielles du type d'investissement effectué. La lettre d'intention émise en faveur de Maigrepourtoujours prévoira sans doute un investissement par le biais de l'instrument fréquemment utilisé au cours des trois ou quatre dernières années, soit l'action privilégiée procurant un rendement prioritaire à ses détenteurs. Les droits, privilèges et restrictions de ces actions varient d'une transaction à l'autre, mais certaines tendances se dégagent. Ainsi, les actions privilégiées comportent très souvent les caractéristiques suivantes :

¹¹⁶ François BOURNIVAL, « Les capital-risqueurs sont de nouveau prêts à investir », *Les Affaires*, 14 août 2004, p. 19.

- convertibles en actions ordinaires selon un taux de conversion qui peut être variable, notamment en cas d'émission d'actions à un prix inférieur au prix de souscription des actions privilégiées; les actions sont habituellement convertibles en tout temps au gré du détenteur et dans certains cas par la société (par exemple, dans un cas de premier appel public à l'épargne);
- votantes;
- droit de recevoir des dividendes (soit *pari passu* avec les autres actionnaires, soit en premier rang pour un montant équivalant à un pourcentage variable du prix de souscription par action);
- remboursables en premier rang en cas de liquidation au prix d'émission ou à un multiple du prix d'émission (2X, 3X) et partageant le reliquat *pari passu* avec les autres actionnaires;
- payables lors d'un événement de liquidité (changement de contrôle, vente d'une partie substantielle des éléments d'actif, etc.) à la même valeur qu'en cas de liquidation.

Notons également que la débenture convertible en actions d'une société est un instrument utilisé dans le domaine du capital de risque. Divers facteurs justifient cette demande des investisseurs, dont le souhait de retirer les capitaux investis au cours des prochains mois ou celui de garantir le placement par hypothèque. Nous portons de nouveau à votre attention les règles expliquées à la section 3.5.5.2. concernant les hypothèques octroyées en garantie d'une débenture.

4.1.3. Avantages et inconvénients du financement par des capitaux de risque privés

L'établissement d'une liste des avantages et inconvénients du financement par des capitaux de risque est un processus très subjectif. Par exemple, selon la personnalité de l'entrepreneur, l'intervention du partenaire financier peut être perçue comme l'appui à sa gestion tant recherché ou comme une intervention irritante dans son pouvoir de gestion. À titre de conseiller, votre rôle est de porter à l'attention des dirigeants les impacts de cet investissement, dont ceux plus amplement décrits ci-après.

4.1.3.1. Dilution des fondateurs (vote et participation)

Toute émission d'actions votantes en faveur de tiers viendra diluer le pourcentage d'actions votantes et participantes détenu par les fondateurs. L'investissement en capital de risque n'y fera pas exception. Il appartiendra aux fondateurs de Maigrepourtoujours de bien négocier la valeur marchande préinvestissement devant être accordée à la société afin de diminuer le plus possible cet impact. À ce stade du développement des entreprises, il est rare que le financement entraîne la perte de contrôle pour les fondateurs.

D'un point de vue purement mathématique, le rendement exigé par les institutions de capital de risque réduira d'autant celui que M. GrosJean et Mme Petit pourront espérer recevoir comme fruit de leur labeur. Toutefois, à moins d'avoir un accès à des capitaux personnels importants, la plupart des entrepreneurs dans le domaine des hautes technologies ne pourraient apporter à leurs sociétés les ressources financières nécessaires afin de franchir l'étape de la commercialisation.

4.1.3.2. Gestion contrôlée

La presque totalité des conventions entre actionnaires conclues au Québec avec des capital-risqueurs prévoit des dispositions relatives à la gestion contrôlée (plus amplement décrite à la section 4.1.4.3.). À compter de la clôture de la transaction, M. GrosJean et Mme Petit devront consulter régulièrement leur nouveau partenaire avant de prendre des décisions pour Maigrepourtoujours. Tel qu'il a été mentionné à la section 3.5.5., ils ont été initiés à ce type de gestion établi dès l'introduction d'un ange financier. Toutefois, la clause de gestion contrôlée imposée par un ange financier laisse habituellement plus de flexibilité au quotidien au conseil d'administration de la personne morale concernée.

4.1.3.3. Obligations d'information

La mise en application des dispositions de la documentation de la clôture relatives aux obligations d'informations des présentes peut ajouter à la tâche de l'équipe de direction de Maigrepourtoujours. Quoique ses employés produisent déjà certains documents à des fins internes (par exemple, les états financiers mensuels), préparer ceux-ci en fonction des besoins des institutions de capital de risque nécessitera probablement des ajustements importants.

Toutefois, les équipes de direction de PME au stade du démarrage ont généralement dû investir beaucoup d'énergie dans la démonstration du

concept et dans la recherche du financement. L'établissement d'une gestion systématisée en aura parfois souffert. Cette obligation de rapport à un tiers peut donc être bénéfique pour la société. Le conseiller portera à l'attention des dirigeants l'importance de s'assurer que la quantité d'information exigée par la convention entre actionnaires soit réaliste par rapport aux ressources de la société.

4.1.3.4. Composition du conseil d'administration

Lors de la clôture du financement, les actionnaires de Maigrepourtoujours éliront de nouveaux membres du conseil d'administration, tel qu'il est requis par le financier en application des dispositions détaillées à la section 4.1.4.3. Cela peut créer quelques mésententes lorsque la philosophie du nouvel élu diffère de celles des fondateurs. Cependant, les capital-risqueurs souhaitant accroître leur financement tenteront souvent de profiter de leur réseau de contacts afin de nommer au conseil d'administration des personnes bénéficiant d'une expérience pertinente aux activités de la société. La crédibilité d'une telle personne dans le milieu, tout comme celle des institutions de capital de risque dans le domaine du financement, pourra avoir un effet bénéfique sur la crédibilité de Maigrepourtoujours

4.1.3.5. Mise en place d'une nouvelle direction

Selon le calibre de la personne en cause, la nécessité de remplacer un cadre fondateur pourra survenir à un stade de développement plus ou moins avancé. La détermination du moment opportun pour le faire est parfois une prérogative que les institutions de capital de risque se donnent dans la convention entre actionnaires. Dans d'autres cas, il s'agira d'une condition d'une tranche additionnelle de financement. Selon l'approche des financiers et celle des fondateurs, cette transition pourra se faire ou non dans l'harmonie.

4.1.3.6. Réseau de ressources

Le réseau de ressources des institutions pourra venir s'ajouter à celles de l'entreprise. Pierre Pharand, alors dirigeant chez Sofinov, Société financière d'innovation inc., donnait, lors d'une présentation effectuée dans le cadre du Congrès 1999 de l'Association de planification fiscale et financière (ci-après

« APFF »)¹¹⁷, les exemples suivants de ressources auxquelles Sofinov donnait accès :

« Sofinov fournit toute une gamme de valeurs ajoutées tout au long de son implication dans les compagnies en portefeuille. Elles passent en autres, par le recrutement de cadres, par l'introduction à des clients potentiels, par une présentation auprès de clients de nos entreprises en portefeuille qui désirent s'assurer de la pérennité de l'entreprise avant de donner un contrat important, par le choix des administrateurs pour son conseil, par l'acquisition de la compagnie, par une aide à dénicher des sites pour les tests bêta, par une implication lors de la mise en bourse, ou même la recherche des clients importants à même les compagnies en portefeuille. »

4.1.3.7. Accès à des capitaux additionnels

Plusieurs intervenants de l'industrie du capital de risque privilégient une approche par laquelle ils investissent à diverses phases du développement des entreprises une partie de leurs portefeuilles. Il est donc probable que Maigrepourtoujours puisse compter sur l'appui de son nouveau partenaire financier dans le cadre de sa prochaine ronde de financement. De plus, il est fréquent que ce soit l'investisseur initial qui contacte certains de ses collègues, au niveau régional, national ou international, afin de leur proposer de se joindre à la nouvelle ronde.

4.1.4. Principaux éléments du financement de capital de risque privé

Un premier investissement en capital de risque est une transaction relativement complexe pour une jeune entreprise comme Maigrepourtoujours. Les prochaines sections visent à décrire chaque étape d'un tel financement de manière succincte.

4.1.4.1. Lettre d'intention

Vous proposerez à vos clients de faire intervenir le conseiller juridique de l'équipe dès la réception (et avant l'acceptation) de la lettre d'intention qui leur est adressée par les capital-risqueurs. M. GrosJean et Mme Petit pourraient percevoir cette intervention comme des coûts additionnels à la transaction. En réalité, les coûts investis à ce stade éviteront d'en supporter

¹¹⁷ Pierre PHARAND et autres, « Les risques d'obtenir... du capital de risque », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 21:1-34, aux pages 21:13-17.

d'autres lors de la négociation des conventions exigées afin d'en arriver à une clôture du financement.

En effet, la lettre d'intention décrit habituellement :

- les paramètres financiers de la transaction; quel sera le montant de l'investissement et quelle proportion des actions votantes et participantes sera émise en contrepartie? Quels sont les frais de transaction? Quels sont les frais assumés par la société (dans la plupart des cas, les frais de vérification diligente et des divers conseillers de l'investisseur)?;
- les conditions préalables à la transaction (par exemple, l'embauche d'un vice-président marketing, la présentation d'un budget modifié, une vérification diligente concluante, la mise en place d'un régime d'options d'achat d'actions, la conclusion de contrats d'emplois avec les personnes clés, la conclusion d'une convention de licence); et
- les principaux termes et conditions des principales conventions devant être conclues dans le cadre du financement (convention de souscription, convention entre actionnaires, etc.).

La lettre d'intention, quoique ne liant habituellement pas les parties (sous réserve des dispositions décrites au paragraphe suivant et de la bonne foi des parties dictée par le *Code civil du Québec*), constituera les fondements des négociations des ententes principales.

Il vous faudra, afin de bien doser, d'une part, les intérêts des institutions qui visent à protéger leurs investissements (en temps et en argent) dans un projet et, d'autre part, les intérêts de la société de maintenir une certaine discrétion de se retirer pour des raisons légitimes d'une transaction, porter une attention particulière aux dispositions des lettres d'intention prévoyant (avec des nuances pouvant varier d'une lettre à l'autre) :

- que la société doit éviter, pendant une période pouvant varier de quelques semaines à quelques mois, de négocier une entente de financement avec un autre partenaire;
- que la société ne peut se retirer de la transaction sans payer à l'investisseur ses divers frais et, dans certains cas, une pénalité;
- que la société doit, pendant quelques mois suivant la rupture éventuelle des négociations, permettre à l'investisseur de souscrire aux mêmes termes et conditions qu'un nouveau partenaire financier.

4.1.4.2. Vérification diligente

La conclusion d'un financement de capital de risque est précédée d'une vérification diligente financière, opérationnelle et légale qui s'étend habituellement sur quelques semaines. Ce processus, semblable à celui d'une vérification diligente précédant une acquisition, est bien expliqué dans l'Étude de cas B du Congrès 2003¹¹⁸. Il sera habituellement entamé par la vérification de certaines facettes de l'entreprise entre le moment de la première présentation de l'entreprise et la conclusion de la lettre d'offre. Certaines autres facettes, par exemple la vérification diligente corporative, seront effectuées après la signature de la lettre d'intention, simultanément ou non avec les négociations de la transaction. Si les dirigeants de Maigrepourtoujours vous indiquent que celle-ci dispose de suffisamment de liquidités pour attendre les conclusions de la vérification diligente, il serait bon de leur conseiller de le faire. Des dépenses importantes pour la société pourront ainsi être évitées si un problème soulevé lors de la vérification mettait en péril la transaction.

Dans le cas qui nous concerne, les facteurs ayant mené à la décision du partenaire financier d'investir, étant vraisemblablement la qualité de l'équipe de dirigeants, l'originalité du concept et le marché potentiel du produit de Maigrepourtoujours, feront l'objet d'une attention particulière.

4.1.4.3. La convention entre actionnaires

Une bonne part des négociations d'un financement de capital de risque seront relatives aux dispositions de la convention entre actionnaires. Dans presque tous les cas, une première ronde de financement de capital de risque signifie le remplacement pur et simple de la convention entre actionnaires plutôt que des amendements à celle-ci¹¹⁹.

Les intérêts de chacun des fondateurs de la société et des institutions de capital de risque nécessitent toujours la protection que leur procurent les dispositions qui concernent l'interdiction de transférer des valeurs

¹¹⁸ Richard GAGNÉ, Catherine LAPOINTE, Jean-Luc FRÉCHETTE et Marie-Andrée CÔTÉ, « Étude de cas B – Achat d'une entreprise », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, pp. 60:1-122.

¹¹⁹ Les dispositions d'une convention entre actionnaires pouvant varier grandement d'une transaction à l'autre, la présente section a pour objet de vous faire part des dispositions principales habituellement adoptées dans le cadre d'une transaction.

mobilières¹²⁰ et l'engagement de non-concurrence, de non-sollicitation et de confidentialité¹²¹.

Le droit de premier refus et le droit de préemption¹²² seront également prévus à la nouvelle convention entre actionnaires. Les modalités de ces dispositions varieront quelque peu soit pour y ajouter un peu de souplesse¹²³, soit pour exclure certains actionnaires minoritaires, soit pour permettre certaines cessions entre des actionnaires d'un autre groupe (par exemple, une option permettant aux fondateurs de se transférer les actions entre eux avant de les offrir aux institutions).

Les investisseurs porteront une attention particulière aux dispositions de la convention entre actionnaires qui permettent un certain contrôle sur la société, soit celles relatives à la représentation au conseil d'administration, au droit de gestion contrôlée et les obligations d'information. Leurs exigences sont habituellement les suivantes :

- Composition du conseil d'administration : droit des investisseurs à une représentation au conseil d'administration de la société proportionnelle à leur détention d'actions, avec un minimum d'un administrateur tant et aussi longtemps qu'il sera actionnaire de la société. Certaines sociétés requièrent et obtiennent que cette représentation minimale ne soit plus requise si la détention d'actions est inférieure à plus ou moins 5 %.

La représentation établie pour le conseil d'administration est également requise par les investisseurs pour le conseil d'administration des filiales et pour les comités de ces conseils d'administration. À ces représentations s'ajoute souvent le droit de nommer des observateurs avec droit de parole mais sans droit de vote¹²⁴.

¹²⁰ La section 2.5.1. explique cette interdiction.

¹²¹ La section 2.5.7. traite de cet engagement auquel les investisseurs institutionnels refuseront habituellement de se soumettre (sauf peut-être pour l'engagement de confidentialité).

¹²² Ces droits sont le sujet des sections 2.5.2. et 2.5.3.

¹²³ À titre d'exemple, la convention stipulera que le droit de préemption n'est pas applicable lors de l'émission d'options ou d'actions en vertu d'un régime d'options d'actions.

¹²⁴ Pour plus de détails sur le droit à la représentation et sur les divers autres droits prévus à la convention entre actionnaires, nous référons le lecteur à Richard BOURGET, Danièle MILETTE, Catherine LAPOINTE et Pierre PHARAND, « Panel : Capital de (à suivre...) »

- Gestion contrôlée : obligation pour la société de soumettre une liste de décisions qui ne peuvent être mises à exécution qu'après avoir obtenu le consentement écrit des investisseurs. Ces règles étaient justement résumées dans un panel de l'APFF sur le capital de risque :

« Quelles sont les décisions qui font ainsi l'objet d'un droit de gestion contrôlée? Il s'agit tout d'abord de l'ensemble des décisions qui peuvent entraîner un changement fondamental dans l'entreprise. Un certain nombre de ces décisions requièrent déjà, par l'effet de la loi, l'approbation d'une majorité augmentée des actionnaires, comme par exemple, la fusion. D'autres sont du ressort des administrateurs mais peuvent avoir un impact important sur la participation de l'investisseur professionnel dans l'entreprise visée. On pense par exemple aux émissions, achats ou rachat d'actions ainsi qu'à toute modification au capital autorisé ou émis de l'entreprise. De plus, cette liste inclut un certain nombre de points qui relèvent davantage de la gestion quotidienne, dont notamment l'embauche et le renvoi des employés, à tout le moins, des employés clés, la préparation et l'approbation des budgets annuels, tout changement à la fin d'année financière ou encore toute acquisition, sous quelque forme que ce soit, d'autres entreprises. Dans la plupart des cas, l'investisseur impose des restrictions qui sont au moins, sinon plus importantes, que celles exigées par les banquiers de l'entreprise. Ce contrôle est justifié par le fait que l'investissement, effectué en équité, est davantage exposé aux conséquences que peuvent entraîner les actions de la direction, puisqu'il prend rang après tous les créanciers de l'entreprise, y compris les employés et les fournisseurs et même les tiers cocontractants¹²⁵. »

- Obligations d'information : obligation de la société de fournir aux investisseurs, de façon régulière et détaillée, les informations qui concernent les affaires de la société ou sa situation financière. À titre d'exemple, les états financiers mensuels ou trimestriels de la société et ses budgets devront être transmis dans des délais très précis. Les capital-risqueurs se verront accorder le droit de recevoir tout document ou toute information qu'ils pourraient raisonnablement demander.

Les clauses entourant la protection de l'investissement des institutions ont pour elles une importance capitale, particulièrement dans la conjoncture actuelle. Les stratégies de sortie sont en effet une composante importante du plan d'affaires des fonds de capitaux de risque. Ces stratégies peuvent inclure les mécanismes standards tels que la vente à un tiers ou l'appel

(...suite)

risque », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 25:1-38.

¹²⁵ *Id.*, 25:12.

public à l'épargne ou des mécanismes négociés dans la convention entre actionnaires.

Les mécanismes de droit de suite et de droit d'entraînement seront utilisés par les institutions afin de protéger leur investissement. Le droit de suite des investisseurs leur permettra typiquement de vendre leurs actions (en totalité ou en partie, selon la situation applicable) à l'acheteur de 50 % ou plus¹²⁶ des actions votantes et participantes ou des actions de certains des entrepreneurs clés. Une position minoritaire ou une détention d'actions sans les ressources humaines sur lesquelles était fondé leur investissement constitue une situation qu'un investisseur cherche à tout prix à éviter. Quant au droit d'entraînement permettant aux actionnaires détenant 50 % ou plus¹²⁷ des actions votantes et participantes d'exiger que les actionnaires minoritaires disposent également de leurs actions, les investisseurs veulent s'en prévaloir, dans la mesure où ils font partie des actionnaires majoritaires, afin de s'assurer qu'une vente à laquelle ils souhaitent être partie ait le moins de chance possible d'avorter.

L'investisseur protège également sa sortie par une option de vendre, après une période donnée correspondant à son horizon d'investissement, à la société les titres qu'il détient. Le prix par action, fixé par la convention entre actionnaires, correspond habituellement au plus élevé de la JVM, du prix de souscription, de la valeur aux livres, d'un prix déterminé selon une formule établie (procurant ainsi un rendement minimum à l'investisseur) et du prix le plus élevé payé pour des actions dans une période donnée. Cette option de vente s'assortit de diverses modalités. Dans certains cas, les coactionnaires doivent acheter les actions non acquises par la société. Vous déconseillerez à vos clients d'accepter un tel principe, le risque financier pour eux étant considérable.

Finalement, la convention entre actionnaires conclue par une institution comportera une clause de retrait des affaires¹²⁸ applicable à un prix très pénalisant dans l'éventualité du départ d'un fondateur avant une période prédéterminée jugée suffisante par l'investisseur pour stabiliser son investissement. La clause de retrait des affaires s'appliquera très souvent en cas de décès, les institutions préférant que les assurances vie souscrites sur la vie des actionnaires servent à compenser la perte d'un employé clé plutôt

¹²⁶ Ces pourcentages sont variables d'une transaction à l'autre.

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ Voir la section 2.5.6.

que de servir à acheter les actions de sa succession comme nous le suggérons initialement pour la convention entre actionnaires entre les fondateurs¹²⁹.

4.1.4.4. La convention de souscription

La convention de souscription réitérera les paramètres financiers et opérationnels de la transaction, par exemple le prix de souscription et les conditions préalables. Si la transaction d'investissement est prévue en deux tranches, la convention de souscription déterminera les conditions devant être remplies avant la clôture de la tranche additionnelle et la date limite pour réaliser ces conditions.

La convention de souscription contiendra également les engagements de la société en faveur de ses partenaires financiers telle la fourniture régulière d'information financière.

Le point central de la convention de souscription sera les représentations et garanties, notamment sur les opérations de la société, sa situation financière, ses obligations légales et sa propriété intellectuelle. Ces représentations et garanties seront formulées par la société et, dans de nombreux cas, par les fondateurs. De plus, une clause d'indemnisation (de la part des fondateurs et de la société) en faveur de la société et des investisseurs sera exigée des investisseurs dans le cas où une inexactitude de l'une ou l'autre des représentations et garanties faisait en sorte que la société ou les investisseurs subissent des dommages. Compte tenu du risque financier déjà assumé par les fondateurs, vous tenterez de négocier une limite de leur plafond de responsabilité ou encore mieux, leur absence de responsabilité.

4.1.4.5. Conventions accessoires

La conclusion de contrats divers (par exemple, la conclusion d'une convention de licence) peut constituer une condition préalable à la clôture d'un financement de capital de risque privé. Dans la majeure partie des cas, la conclusion d'une convention d'emploi avec chacun des employés clés ainsi que la mise en place d'un régime d'options d'achat d'actions sont des conditions *sine qua non* de l'injection des fonds par l'institution. En effet, les capital-risqueurs insistent beaucoup sur l'importance des employés dans l'organisation.

¹²⁹ Voir la section 2.5.8.

En conséquence, ils veulent s'assurer que les employés clés sont liés par des conventions d'emploi comportant des clauses de non-concurrence, de non-sollicitation, de maintien de la confidentialité de l'information relative à la société et de cession des droits de la propriété intellectuelle adéquates. M. GrosJean et Mme Petit s'assureront que ces dispositions ne soient pas trop restrictives pour eux sur un plan personnel. Cependant, les protections demandées par les institutions de capital de risque seront formulées en faveur de la société et seront donc dans l'intérêt de celle-ci.

Quant aux modes d'intéressement des employés aux profits de la société, toujours dans l'optique d'attirer, de retenir et de motiver des employés du plus haut calibre possible malgré l'instabilité financière que peut parfois représenter une PME au stade de démarrage, ils sont très variés. L'instrument le plus utilisé est sans aucun doute le régime d'options d'achat d'actions qui perd toutefois de plus en plus de terrain face à d'autres modes d'intéressement performant d'un point de vue fiscal, notamment la fiducie d'employés et le plan d'options fantôme (*phantom stock option*)¹³⁰. Malgré le fait que l'émission d'actions ou d'options d'achat d'actions entraîne une dilution des actionnaires actuels, il s'agit d'une façon très intéressante d'attirer les employés performants, de les motiver et de les retenir auprès d'une entité telle que Maigrepourtoujours qui n'a pas de grands moyens financiers immédiats pour leur verser un salaire compétitif mais qui pourrait connaître une croissance exceptionnelle.

Les implications fiscales de l'émission d'options ou d'actions pourraient être reportées pour les employés lors de la vente des actions tant que Maigrepourtoujours sera une SPCC¹³¹. Le report des implications fiscales pour une SPCC s'applique tant que l'employé n'a aucun lien de dépendance avec Maigrepourtoujours après la conclusion de l'entente. Les employés pourraient bénéficier d'une déduction de la moitié de l'avantage en conservant les actions pendant plus de deux ans¹³². La déduction de l'avantage est de 25 % au Québec pour les options ou les actions émises après le 30 mars 2004.

¹³⁰ Nous référons le lecteur au texte de Luc LACOMBE, « Intéressement d'employés dans l'actionariat », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 21:1-66 et à celui de André MORRISSETTE, « La transmission de l'entreprise: régimes d'intéressement participatifs », dans *Congrès 99*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2000, pp. 33:1-50.

¹³¹ Par. 7(1.1) L.I.R.

¹³² Al. 110(1)d.1) L.I.R.

Finalement, soulignons que si vous assurez le rôle de conseiller juridique, un avis juridique sur le statut corporatif de la société et les approbations corporatives nécessaires dans le cadre de la transaction devra être émis par votre cabinet en faveur des investisseurs et de leurs conseillers juridiques.

4.2. DÉDUCTIBILITÉ DES FRAIS DE FINANCEMENT INCLUANT LES HONORAIRES PROFESSIONNELS

Le traitement de la déductibilité des frais de financement est abordée à cette étape en raison du fait que les déboursés pour obtenir du financement sont plus importants. Toutefois, cette déduction s'applique également aux autres étapes du financement, par exemple lors du prêt de M. Prosper, et également aux autres financements obtenus par Maigrepourtoutjours.

Il est probable que des frais substantiels seront engagés dans le cadre d'un financement par dettes, par actions ou sous toute autre forme. Ces frais sont habituellement de nature juridique, comptable et financière. Le traitement fiscal de ces frais variera selon la nature de ceux-ci.

Sommairement, ces frais seront déductibles dans la mesure où :

- ils sont engagés en vue de tirer un revenu d'entreprise ou de bien (c'est-à-dire, *Business test*)¹³³;
- ils ne constituent pas des dépenses en capital¹³⁴.

Quant au moment et à la manière dont ces frais sont déductibles, cela dépend de la nature des frais et des circonstances dans lesquelles ils ont été engagés.

4.2.1. Financement par dettes

L'émission de dettes ayant normalement pour but de financer l'expansion et le développement de l'entreprise exploitée par la société émettrice, la dette émise sera de nature capital¹³⁵. Ainsi, l'alinéa 18(1)b)

¹³³ Art. 9 et al. 18(1)a) L.I.R.

¹³⁴ Al. 18(1)b) L.I.R.

¹³⁵ Voir notamment à cet effet les décisions suivantes : *Bennet and White Const. Ltd. c. MRN*, [1949] C.T.C. 1; *Montreal Coke and mfg. Co. c. MRN*, [1944] C.T.C. 94.

L.I.R. sera applicable pour restreindre la déductibilité des frais liés à la dette. Dans ce cas, seules les dépenses dont la déduction est spécifiquement autorisée par la *Loi de l'impôt sur le revenu* pourront être déduites. Ainsi, une société qui contracte une dette pourra normalement bénéficier des déductions autorisées par les alinéas 20(1)e) et 20(1)e.1) L.I.R. relativement à certains frais engagés dans le cadre de son financement.

4.2.1.1. Frais d'emprunt – Alinéa 20(1)e) L.I.R.

L'alinéa 20(1)e) L.I.R. permet de déduire linéairement sur une période de cinq ans certaines dépenses engagées lors de l'émission de titres, de l'emprunt d'argent, de la restructuration d'une créance ou de la révision du calendrier de remboursement de la dette¹³⁶. L'ARC précise dans son *Bulletin d'interprétation* IT-343R3¹³⁷ que les frais déductibles dans le cadre de l'émission d'une dette seraient les suivants¹³⁸ :

- les frais juridiques liés à l'établissement et à l'approbation d'un prospectus lorsque l'argent est emprunté au moyen d'une émission d'obligations ou de débentures;
- les frais d'impression du prospectus, des obligations ou des débentures, etc.;
- toute commission d'engagement versée à un prêteur conformément à une entente conclue entre lui et l'emprunteur et prévoyant que le prêteur devra mettre une somme donnée à la disposition de l'emprunteur de temps à autre, à la demande de l'emprunteur;
- toute somme versée à un garant soit périodiquement pendant la durée du prêt, soit sous la forme d'un paiement forfaitaire au début du prêt;
- certains « frais accessoires » qu'un investisseur engage lors du financement de la construction d'un bâtiment utilisé pour tirer un revenu

¹³⁶ Dans le cas d'un exercice de moins de 365 jours, il faut que la déduction soit au prorata du nombre de jours de l'exercice par rapport à 365 jours.

¹³⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-343R3, « Frais d'émission ou de vente d'actions, d'unités dans une fiducie, de participation dans une société de personnes ou dans un syndicat et frais d'emprunt », 29 novembre 1995.

¹³⁸ *Id.*, par. 17.

d'un bien dont cet investisseur a la propriété effective au moment de l'engagement;

- les commissions de gestion exigées par le promoteur à l'égard des frais accessoires qui sont déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)e) L.I.R.;
- les droits de certification et certains autres frais engagés (par exemple, les commissions exigées par une banque) relativement à la vente d'acceptations bancaires.

L'alinéa 20(1)e) L.I.R. ne permet pas que l'on déduise le paiement dans le cadre d'un prêt participatif. En effet, la dépense d'intérêt est refusée lorsqu'elle est fonction d'un montant calculé en fonction des recettes, des bénéfices, du flux de trésorerie, du prix des marchandises ou d'un critère semblable ou en fonction des dividendes versés ou payables aux actionnaires d'une catégorie d'actions du capital-actions d'une société¹³⁹.

Enfin, mentionnons que si, dans un exercice financier, le contribuable règle toutes les obligations pour lesquelles les frais financiers ont été engagés, il peut alors déduire le solde des frais financiers dans cet exercice, pour autant que le nouveau paiement ne fasse pas partie d'un refinancement. Cependant, cette exception ne prévaudra que si toutes les obligations sont réglées ou éteintes pour une contrepartie qui ne comprend pas d'unités de participation, d'actions ou un autre emprunt.

4.2.1.2. Frais annuels relatifs aux emprunts – Alinéa 20(1)e.1) L.I.R.

L'alinéa 20(1)e.1) L.I.R. permet que certains frais, qu'un contribuable doit payer dans une année d'imposition donnée, soient déduits dans le calcul du revenu de ce contribuable pour cette année, s'il est raisonnable de les considérer comme se rapportant uniquement à l'année. Ces frais doivent être engagés dans le cadre d'un emprunt d'argent, de la constitution d'une dette ou en vue de la révision des paiements ou la restructuration de l'emprunt ou la dette.

Selon l'alinéa 20(1)e.1) L.I.R., ces frais comprennent les frais d'ouverture de crédit, les frais de garantie, les honoraires de registraire, les honoraires d'agent de transfert, les frais de dépôt de prospectus, les frais de

¹³⁹ Div. 20(1)e)(iv.1)(C) L.I.R. Pour plus de précisions, voir la section 3.5.3. de la présente étude de cas.

service et autres frais semblables. Tout comme l'alinéa 20(1)e) L.I.R., dans le cas d'une révision du calendrier des paiements ou de la restructuration de la créance, il doit y avoir une modification des termes ou conditions de la dette, ou une conversion ou échange de la dette en une autre dette ou en actions.

4.2.2. Financement par actions

Dans le cadre d'un financement par actions, certains frais peuvent être déduits en vertu de l'alinéa 20(1)e) L.I.R. Les principaux frais admissibles sont les suivants¹⁴⁰ :

- les frais juridiques liés à l'établissement et à l'approbation d'un prospectus se rapportant à l'émission ou à la vente d'actions, d'unités ou de participations;
- les frais de comptabilité ou de vérification liés à l'établissement ou à l'attestation d'états financiers et de statistiques présentés dans le prospectus ou avec ce dernier;
- les frais d'impression du prospectus, des nouveaux certificats d'actions, d'unités ou de participations, etc.;
- les honoraires d'agent de transfert et les honoraires de registraire;
- les frais de dépôt de prospectus exigés par tout organisme de réglementation public auprès duquel le prospectus doit être déposé pour être approuvé.

4.3. RÈGLES SUR LES SOCIÉTÉS ASSOCIÉES

Dans la présente section, nous nous pencherons sur l'étude des règles d'association lorsqu'une SCR investit dans Maigrepourtoujours.

Avec un investissement majeur dans Maigrepourtoujours¹⁴¹, une SCR pourrait se retrouver dans une position où elle contrôlera économiquement Maigrepourtoujours. En supposant que la SCR contrôle économiquement

¹⁴⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *op. cit.*, note 137, par. 16.

¹⁴¹ Voir les états financiers, en annexe, où les sociétés de capital de risque investissent dans Maigrepourtoujours en obtenant des actions de catégorie D.

d'autres sociétés, Maigrepourtoujours serait associée avec les sociétés contrôlées par la SCR.

Le nouveau paragraphe 127(10.22) L.I.R. qui sera analysé à la section suivante s'appliquera dans ce cas pour faire en sorte que Maigrepourtoujours ne soit pas associée aux sociétés contrôlées par la SCR aux fins de déterminer le taux applicable pour les crédits d'impôt de RS & DE.

La mesure au Québec pour désassocier les sociétés aux fins des crédits d'impôt s'applique seulement à certaines sociétés de capital de risque¹⁴². Dans l'éventualité où la SCR ne faisait pas partie des entités visées par la mesure, il faudrait obtenir le total de l'actif des sociétés contrôlées par la SCR pour déterminer le taux des crédits d'impôt de RS & DE.

4.4. CRÉDITS D'IMPÔT POUR LA RECHERCHE ET LE DÉVELOPPEMENT

Maigrepourtoujours arrivera à financer une partie de ses activités de RS & DE avec les crédits du fédéral et du Québec. Votre équipe devra toutefois s'assurer que Maigrepourtoujours ne soit pas associée à d'autres sociétés sans quoi les crédits d'impôt pourraient être réduits.

4.4.1. Crédit fédéral

Nous n'entrerons pas dans tous les détails relativement à la RS & DE, ceux-ci ayant déjà fait l'objet de plusieurs publications¹⁴³. Nous poserons comme hypothèse que les activités importantes de RS & DE effectuées par Maigrepourtoujours se qualifient pour des crédits d'impôt. Il y a bien entendu toute la problématique entourant la démarcation des déboursés lorsque la société est à la phase de commercialisation de son produit¹⁴⁴. Nous allons considérer que la démarcation ne créera pas de problème puisque la RS & DE sera en grande partie réalisée avant la commercialisation.

¹⁴² Voir la section 4.4.2.

¹⁴³ Voir notamment le texte de Yan BOYER, « Incitatifs fiscaux et subventions : sources de financement », dans *Colloque – Fiscalité de la PME*, 134, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 4-13.

¹⁴⁴ Par. 248(1) L.I.R. « activités de recherche scientifique et de développement expérimental », voir les alinéas f) et i) pour les activités qui ne se qualifient pas pour le crédit d'impôt.

Les montants apparaissant dans les états financiers, en annexe, sont de simples hypothèses. Maigrepourtoujours aura des crédits d'impôt sur les déboursés suivants :

- salaires;
- matériaux consommés dans la RS & DE;
- honoraires payés à des sous-traitants effectuant de la RS & DE pour le compte de Maigrepourtoujours;
- dépenses courantes directement liées à des activités de RS & DE et qui n'auraient pas été engagées si la RS & DE n'avait pas eu lieu;
- paiements faits à des associations, universités et collèges agréés et à des sociétés sans but lucratif travaillant en recherche pour des activités de RS & DE reliées à Maigrepourtoujours;
- immobilisations utilisées qui se qualifient pour la RS & DE¹⁴⁵.

Maigrepourtoujours devrait obtenir des crédits d'impôt au taux majoré de 35 % compte tenu que la société sera une SPCC durant cette période. Deux autres facteurs peuvent influencer le taux des crédits, soit le revenu imposable et le capital imposable en considérant toutes les sociétés avec lesquelles Maigrepourtoujours a été associée dans une année. Le revenu imposable de Maigrepourtoujours sera nul ou négligeable durant la période où la RS & DE sera effectuée. Le plafond des dépenses de 2 M\$ est réduit à partir de 10 M\$ de capital imposable. Maigrepourtoujours devrait réussir à effectuer la RS & DE en maintenant son capital imposable inférieur à 10 M\$.

De nouvelles règles devraient aider Maigrepourtoujours à bénéficier des crédits au taux de 35 %. Il y a plusieurs années, le problème avait été soulevé au ministère des Finances à la suite des modifications apportées le 17 novembre 2000 par le ministère des Finances du Québec¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Sub. 37(8)a)(ii)(A)(III) L.I.R.

¹⁴⁶ Voir « Table ronde sur la recherche scientifique et le développement expérimental », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 26:1-22, question 4, à la page 26:15.

Le Budget fédéral 2004 propose de modifier cette situation dans les cas où des SPCC qui ont des groupes d'investisseurs communs doivent se partager la limite des dépenses. Ainsi, chaque SPCC pourra avoir droit à la limite de dépenses de 2 M\$. Dans des situations où nous retrouvons des sociétés de capital de risque ou d'autres investisseurs comme actionnaires, les SPCC ne seront plus réputées être associées. La modification s'appliquera aux années d'imposition qui se terminent après le 22 mars 2004.

Les investisseurs dans une SPCC qui ne constituent pas un « groupe de personnes » selon la jurisprudence peuvent néanmoins être considérés comme tel aux termes de la définition élargie de cette notion qui figure à l'alinéa 256(1.2)a) L.I.R. Selon cet alinéa, un groupe de personnes relativement à une société s'entend de plusieurs personnes dont chacune est propriétaire d'actions du capital social de la même société.

Le nouveau paragraphe 127(10.22) L.I.R. prévoit une règle d'allègement spéciale qui peut s'appliquer au calcul de la limite de dépenses d'une société pour une année d'imposition en vertu du paragraphe 127(10.2) L.I.R. Ce nouveau paragraphe s'appliquera à une société donnée si les conditions suivantes sont réunies :

- la société donnée est associée à une autre société, mais ne le serait pas en l'absence de l'alinéa 256(1.2)a) L.I.R.;
- la société donnée a émis des actions à une ou plusieurs personnes auxquelles l'autre société a aussi émis des actions;
- au moins un actionnaire de la société donnée n'est pas aussi actionnaire de l'autre société ou au moins un actionnaire de l'autre société n'est pas aussi actionnaire de la société donnée.

Il est à noter que l'application de l'alinéa 256(1.2)a) L.I.R. pour ce qui est de savoir si la société donnée est associée à une autre société à ces fins est déterminée au cas par cas.

Le nouveau paragraphe 127(10.23) L.I.R. augmente les exigences pour que l'allègement prévu au paragraphe 127(10.22) L.I.R. s'applique. Ainsi, les sociétés ne doivent pas être associées en raison de l'application d'autres dispositions de l'article 256 L.I.R., l'ARC devrait appliquer cette nouvelle mesure au cas par cas. Par exemple, les notes explicatives font état de l'alinéa 256(1b) L.I.R. qui pourrait s'appliquer dans cette situation. Ainsi, une société donnée est associée à une autre société, en général, si les deux sociétés sont contrôlées, en droit ou de fait, par la même personne ou le

même groupe de personnes. L'alinéa 256(1.2)a) L.I.R. crée une présomption qu'un groupe de personnes s'entend de plusieurs personnes dont chacune est propriétaire d'actions d'une même société. Par conséquent, dans le contexte de l'application de l'alinéa 256(1)b) L.I.R., l'ARC doit être convaincue que nulle personne ou aucun groupe de personnes ne contrôle, en droit ou de fait, la société donnée et l'autre société. À supposer que Maigrepourtoujours et une autre société soient contrôlées par une même société, le paragraphe 127(10.22) L.I.R. ne serait d'aucun secours. L'ARC doit donc être satisfaite que nulle personne ou aucun groupe de personnes ne contrôle, en droit ou de fait, la société donnée et l'autre société.

L'ARC doit être convaincue que le fait qu'il existe un ou plusieurs actionnaires de la société donnée qui ne sont pas aussi actionnaires de l'autre société ne vise pas à satisfaire les exigences du paragraphe 127(10.22) L.I.R.

Ces nouvelles mesures ne sont pas d'une grande limpidité. Il sera préférable de contacter l'ARC avant de finaliser une transaction de financement pour savoir de quelle façon celle-ci compte appliquer ces nouvelles mesures.

Le nouveau paragraphe 127.1(2.2) L.I.R. est l'équivalent du paragraphe 127(10.22) L.I.R. Il prévoit une règle d'allégement spéciale qui est applicable lorsqu'il s'agit de calculer les CII remboursables d'une société, si cette société est associée en vertu de l'alinéa 256(1.2)a) L.I.R. La société donnée ne sera pas considérée comme étant associée à l'autre société pour l'application des définitions de « société admissible » et de « CII remboursable » au paragraphe 127.1(2) L.I.R. relativement aux « dépenses admissibles » de la société donnée.

Le nouveau paragraphe 127.1(2.3) L.I.R. est l'équivalent du paragraphe 127(10.23) L.I.R., la disposition d'allégement prévue au paragraphe 127.1(2.2) L.I.R. ne s'appliquera que si les autres dispositions de l'article 256 L.I.R. ne s'appliquent pas. Les notes explicatives donnent l'exemple de l'alinéa 256(1)e) L.I.R. Une société donnée est associée à une autre société, en général, si chacune des sociétés est contrôlée, en droit ou de fait, par un groupe lié. À cette fin, chaque membre de l'un de ces groupes liés doit être lié à chaque membre de l'autre groupe lié et une ou plusieurs personnes qui sont membres des deux groupes liés doivent être propriétaires, à titre individuel ou collectif, relativement à chaque société, d'au moins 25 % des actions émises de la société.

L'ARC doit être convaincue que le fait qu'il existe un ou plusieurs actionnaires de la société donnée qui ne sont pas aussi actionnaires de l'autre société ne vise pas à satisfaire les exigences du paragraphe 127.1(2.2) L.I.R.

C'est une bonne mesure pour Maigrepourtoujours qui pourra obtenir des CII plus élevés pour la RS & DE même si la société se retrouve associée avec d'autres sociétés, mais seulement si l'association est attribuable à l'alinéa 256(1.2)a) L.I.R.

La mesure est quand même limitée aux CII pour la RS & DE, les autres règles que nous avons passées en revue sur les sociétés associées continueront à s'appliquer.

Les nouveaux paragraphes 127(10.22) et 127(10.23) L.I.R.¹⁴⁷ sont les suivants :

« (10.22) Limite de dépenses – SPCC associées. – Si une société privée sous contrôle canadien (appelée “société donnée” au présent paragraphe) et une autre société sont associées dans des circonstances où elles ne le seraient pas si la présente loi s'appliquait compte non tenu de l'alinéa 256(1.2)a), que la société donnée a émis des actions à une ou plusieurs personnes auxquelles l'autre société a émis des actions et qu'au moins un actionnaire de la société donnée n'est pas actionnaire de l'autre société, ou inversement, la société donnée et l'autre société ne sont pas associées pour ce qui est des calculs suivants :

- a) le calcul de la limite de dépenses de la société donnée, prévu au paragraphe (10.2);
- b) le calcul du plafond des affaires de la société donnée prévu à l'article 125, mais seulement dans la mesure où cet article s'applique au calcul de la limite de dépenses de cette société, prévu au paragraphe (10.2).

(10.23) Application du par.(10.22). – Le paragraphe (10.22) ne s'applique à la société donnée et à l'autre société qui y sont visées que si le ministre est convaincu de ce qui suit :

- a) la société donnée et l'autre société ne sont pas associées par ailleurs sous le régime de la présente loi;

¹⁴⁷ CANADA, ministère des Finances, *Avis de motion de voies et moyens visant à modifier la Loi de l'impôt sur le revenu*, 5 juin 1987, modifié par CANADA, ministère des Finances, *Communiqué* n° 2004-075, « Le ministre des Finances dépose un Avis de motion de voies et moyens pour mettre en œuvre des mesures proposées dans le budget de 2004 », 6 décembre 2004.

- b) le fait qu'il existe un ou plusieurs actionnaires de la société donnée qui ne sont pas actionnaires de l'autre société, ou inversement, n'a pas pour objet de satisfaire les exigences des paragraphes (10.22) ou 127.1(2.2). »

Toutes ces propositions législatives sont applicables pour les années d'imposition se terminant après le 22 mars 2004.

4.4.2. Crédit du Québec

Les crédits d'impôt du Québec seront calculés sur les salaires et les paiements aux sous-traitants qui se qualifient à titre de dépenses de RS & DE.

Le taux maximum du crédit d'impôt est de 35 % et est réduit progressivement à 17,5 % lorsque l'actif de la société et des sociétés associées se situe entre 25 M\$ et 50 M\$.

Le Québec a prévu des mesures d'allégement, comme nous le mentionnions à la section 2.4.1.6., lorsque des sociétés dites prescrites financent des sociétés afin que le total de l'actif des sociétés prescrites soit exclu du calcul de l'actif de la société demandant les crédits d'impôt.

Les sociétés seront réputées ne pas être associées si leur association résulte d'une participation financière qui confère :

« un contrôle direct ou indirect de ces sociétés par un même groupe de personnes suivantes de la part des entités prescrites, lequel groupe de personnes peut exercer ce contrôle :

soit parce qu'il peut exercer plus de 50 % des droits de vote attachés aux actions conférant le droit de vote du capital-actions de ces sociétés;

soit parce qu'il est propriétaire d'actions du capital-actions de ces sociétés dont la JVM excède 50 % de la JVM de toutes les actions émises et en circulation du capital-actions de ces sociétés ou est propriétaire d'actions ordinaires du capital-actions de ces sociétés dont la JVM excède 50 % de la JVM de toutes les actions ordinaires émises et en circulation du capital-actions de ces sociétés¹⁴⁸ ».

Il ne faudra pas non plus tenir compte d'un droit à des actions ni d'un droit d'obliger une société à racheter des actions de son capital-actions lorsque le droit est conféré à des entités prescrites. Toutefois, le Ministère précise qu'il faudra continuer de tenir compte des participations des entités

¹⁴⁸ QUÉBEC, ministère des Finances, *Bulletin d'information* 2000-9, *op. cit.*, note 42.

prescrites lorsqu'elles agissent de concert avec une ou plusieurs autres sociétés qui ont aussi des participations dans des sociétés et qu'ensemble elles contrôlent ces sociétés.

Le *Bulletin d'information* 2000-10 a annoncé des précisions. Il ne faut pas considérer une option d'acquérir des actions conférée à une entité prescrite ni un droit qu'aurait une entité prescrite obligeant une société à racheter des actions de son capital-actions dont d'autres personnes sont propriétaires afin de déterminer si deux sociétés sont associées. Les sociétés prescrites, pour protéger leur investissement, se donnent les moyens de contrôler les sociétés dans lesquelles elles investissent, que ce soit avec une option d'acquérir des actions ou en obligeant la société à racheter ses actions détenues par d'autres actionnaires. Le ministère des Finances du Québec a voulu laisser plus de latitude aux entités prescrites. De plus, il ne faut pas tenir compte de la JVM des actions du capital-actions de la société dont l'entité prescrite est propriétaire. Toutefois, il est important de noter qu'une société et une entité prescrite continueront d'être associées entre elles dans les situations où l'entité prescrite est propriétaire d'actions du capital-actions de la société, lui permettant d'exercer, directement ou indirectement, plus de 50 % des droits de vote attachés aux actions du capital-actions de la société.

Il n'y a aucun assouplissement des règles sur les sociétés associées lorsqu'une association, que ce soit entre deux sociétés ou entre une société et une société prescrite, résulte d'un contrôle de fait. Les clauses contenues dans les conventions entre actionnaires peuvent faire en sorte qu'il y ait contrôle de fait. Ainsi, par exemple, avec un droit de veto sur les décisions importantes de Maigrepourtoujours, la société prescrite contrôlerait Maigrepourtoujours et les règles d'allégement ne trouveraient pas application. Il s'agit donc de règles qu'il faudra considérer dans le cas de Maigrepourtoujours.

Le *Bulletin d'information* 2000-10 a élargi le champ d'application des mesures annoncées pour faire en sorte que toutes celles annoncées dans le *Bulletin d'information* 2000-9 et le *Bulletin d'information* 2000-10 s'appliquent à l'ensemble de la *Loi sur les impôts*.

Le *Bulletin d'information* 2000-9 annonçait que les assouplissements ne s'appliqueraient que pour les incitatifs fiscaux basés sur l'accroissement de la masse salariale (par exemple, dans le cas du crédit d'impôt remboursable relatif à la Cité de l'optique) et pour ceux dont l'admissibilité ou le niveau d'aide dépend du montant de l'actif de la société (par exemple, pour l'admissibilité d'une société au régime d'épargne-actions et pour le montant

d'aide provenant du crédit d'impôt remboursable sur les salaires de RS & DE).

Le tableau¹⁴⁹ qui suit illustre sommairement les articles de la *Loi sur les impôts* dont il ne faut pas tenir compte lorsque a) l'association de deux sociétés (société A inc. et société B inc.) entre elles résulterait seulement de l'application de ces articles relativement à une participation en équité dans ces sociétés par des entités prescrites; et b) l'association d'une société (société A inc.) et d'une entité prescrite découlant de l'application de ces articles relativement à une participation en équité dans cette société par l'entité prescrite. Les articles équivalents de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne sont donnés qu'à titre de référence pour simplifier la compréhension puisque les règles fédérales nous sont plus familières.

L.I.	Par. 21.20a)	Par. 21.20b)	Par. 21.20.2c)	Art. 21.20.4	Art. 21.25
Équivalent L.I.R.	Al. 256(1)a)	Al. 256(1)b)	Par. 256(1.2)	Par. 256(1.4)	Par. 256(5.1)
a) société A inc. et société B inc.	sans objet (note 1)	X	X	X	
b) société A inc. et entité prescrite		sans objet (note 1)	X	X	

Légende du tableau :

Note 1 : Non pertinent aux fins de notre analyse.

X : Les règles d'association ne s'appliquent pas avec l'entité prescrite à la suite des mesures d'allègement.

Voici un bref rappel des règles fédérales :

¹⁴⁹ P. Mario CHARPENTIER et Daniel LACHAPELLE, « Vendre l'entreprise aux employés? », dans *Colloque – Rémunération des cadres et nouvelles technologies de l'information*, 124, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002. Il n'y a pas eu de modifications depuis les annonces faites dans les *Bulletins d'information* 2000-9 et 2000-10.

Al. 256(1)a) L.I.R. Une société contrôle une autre société.

Al. 256(1)b) L.I.R. Le même groupe de personnes contrôle les deux sociétés.

Par. 256(1.2) L.I.R. Contrôle par la détention de plus de 50 % de la JVM (de toutes les actions émises ou des actions ordinaires).

Par. 256(1.4) L.I.R. Contrôle réputé par un droit à des actions ou un droit d'obliger le rachat d'actions.

Par. 256(5.1) L.I.R. Contrôle de fait.

Aux fins de ces modifications législatives, le Ministère considère que les entités prescrites seront les suivantes :

- la Caisse de dépôt et placement du Québec;
- la SGF du Québec;
- les sociétés Innovatech, créées par des lois de l'Assemblée nationale du Québec;
- le Fonds de solidarité des travailleurs du Québec;
- Fondation, le Fonds de développement de la Confédération des syndicats nationaux pour la coopération et l'emploi;
- la BDC;
- Investissement Québec;
- Hydro-Québec CapiTech inc.;
- les universités québécoises;
- une filiale entièrement contrôlée d'une entité prescrite ou entièrement contrôlée par plusieurs entités prescrites (une filiale entièrement contrôlée d'une société, qui est elle-même une telle filiale d'une autre société, sera considérée comme une filiale entièrement contrôlée de cette autre société).

Le ministère des Finances du Québec a modifié la *Loi sur les impôts* de façon déclaratoire en ajoutant l'article 21.20.7 L.I. :

« Aux fins de déterminer si deux sociétés sont associées entre elles à un moment quelconque en raison du fait qu'elles sont contrôlées à ce moment, directement ou indirectement, par le même groupe de personnes qui comprend une ou plusieurs entités visées, l'on ne doit tenir compte à ce moment ni des actions du capital-actions de ces sociétés dont toute entité visée membre de ce groupe de personnes est propriétaire, ni de tout droit visé à l'article 21.20.4 qui est détenu par toute entité visée membre de ce groupe de personnes.

[Membre]. — Toutefois, lorsqu'une entité visée est membre à un moment donné d'un groupe de personnes qui contrôle plusieurs sociétés, et que, à ce moment, cette entité visée agit de concert avec un ou plusieurs membres de ce groupe de personnes pour contrôler ces sociétés, cette entité visée est réputée, pour l'application du premier alinéa à l'égard de ces sociétés, ne pas être une entité visée à ce moment. »

Cette règle s'applique uniquement dans le contexte où l'on doit déterminer si un même groupe de personnes comportant une ou plusieurs entités visées possède le contrôle *de jure* de deux sociétés. Le fait de ne pas tenir compte des actions émises à des entités visées ne vaut qu'à l'égard de la détermination du pourcentage détenu par ce groupe de personnes. Hormis ce contexte, cette règle n'a pas pour but d'associer des sociétés qui ne sont pas par ailleurs associées entre elles¹⁵⁰.

Maigrepourtoujours devra faire des choix pour obtenir des capitaux supplémentaires.

4.4.3. Autres crédits d'impôt au Québec

Le ministère des Finances du Québec a malheureusement mis la hache dans les crédits d'impôt avec le Budget du 12 juin 2003¹⁵¹. Le crédit sur le développement de la biotechnologie dans des sites désignés, le crédit pour les aliments fonctionnels et nutraceutiques et le crédit pour les entreprises s'implantant dans les carrefours de l'innovation ont été abolis. Sans entrer dans les détails, ces trois crédits auraient pu influencer les activités de Maigrepourtoujours et la localisation de l'entreprise.

¹⁵⁰ Voir « Table ronde provinciale », dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, pp. 54:1-60, question 2.9, à la page 54:15.

¹⁵¹ QUÉBEC, ministère des Finances, *Budget 2003-2004, Discours sur le budget et Renseignements additionnels sur les mesures fiscales*, 12 juin 2003.

4.4.4. Crédit d'impôt du Québec pour les sociétés établies dans des centres de développement des technologies

Nous avons contacté Investissement Québec et il se pourrait que les activités de Maigrepourtoujours soient admissibles au crédit pour les sociétés établies dans des centres de développement des technologies. Il y a un centre à Laval, à Saint-Hyacinthe et à Sherbrooke. Selon les informations disponibles, il n'est pas possible de conclure si les activités de Maigrepourtoujours se qualifieront pour ce crédit d'impôt. Maigrepourtoujours devrait donc formuler une demande écrite.

4.4.5. Financement intérimaire des crédits d'impôt

Investissement Québec offre deux programmes permettant de financer les crédits d'impôt.

L'aide financière en vertu du premier programme peut prendre la forme d'une garantie de remboursement pouvant atteindre jusqu'à 80 % de la perte nette d'un prêt à terme consenti par une institution financière. Maigrepourtoujours pourrait ainsi financer ses crédits d'impôt de RS & DE provenant des volets fédéral et provincial en contractant auprès d'une institution financière un prêt pour les sommes à recevoir, prêt garanti par Investissement Québec.

Le second programme, qui ne semble pas utilisé en pratique, est un prêt à terme consenti par Investissement Québec pouvant atteindre 75 % des crédits d'impôt remboursables à recevoir au cours d'un maximum de deux exercices financiers.

4.5. TAXE SUR LE CAPITAL

La taxe sur le capital est un autre facteur qu'il faudra considérer tout au long de l'existence corporative de Maigrepourtoujours. Les opérations de Maigrepourtoujours se dérouleront au Québec où la société aura un établissement stable.

Le taux général de la taxe sur le capital applicable pour Maigrepourtoujours est de 0,6 % du capital versé. Nous ne pouvons qu'espérer que le ministère des Finances du Québec réduise le taux au cours des prochaines années.

Maigrepourtoujours sera financée par de la dette et du capital-actions. Certains instruments financiers pourraient être classés comme dette ou

capital-actions selon les PCGR. L'exercice est plutôt théorique puisqu'il faudra de toute façon inclure les montants dans le capital versé.

Nous suggérons à la section 2.7. de capitaliser le plus de déboursés possible de façon à minimiser les pertes. Cette prise de position permettrait d'améliorer la situation de Maigrepourtoujours aux fins de l'application du nouvel article 3.1 L.I.R. Il y a toutefois un coût à adopter un tel traitement. Les déboursés traités comme dépenses vont réduire les BNR, ce qui réduit le capital versé et ultimement la taxe sur le capital. Pour l'instant, il peut être préférable pour Maigrepourtoujours de payer plus de taxe sur le capital et projeter ainsi une meilleure image avec ses états financiers pour le nouvel article 3.1 L.I.R. en capitalisant au maximum ses déboursés.

Maigrepourtoujours pourra toujours minimiser sa taxe sur le capital en investissant ses surplus de liquidités dans des placements admissibles avant la fin de son exercice financier selon les règles de détention applicables pour certains placements.

4.6. CONSÉQUENCES FISCALES D'UN FINANCEMENT PAR VOIE D'ÉQUITÉ

Le financement par voie d'équité peut entraîner des modifications en ce qui concerne le contrôle de Maigrepourtoujours. Il peut y avoir un changement dans le contrôle et surtout une acquisition du contrôle qui pourrait avoir des implications fiscales et financières. Nous passerons en revue certains avantages fiscaux qui risquent d'être perdus par l'arrivée d'un nouvel investisseur par voie de souscription aux actions du capital-actions de Maigrepourtoujours en mettant l'accent sur certains types d'investisseurs particuliers tels que les sociétés de capital de risque.

4.6.1. Impact sur la notion de société privée et de SPCC

Revenons sur la notion de société privée compte tenu que Maigrepourtoujours va obtenir du financement de la part de sociétés de capital de risque. Les investissements des sociétés de capital de risque peuvent-ils entraîner un changement de statut pour Maigrepourtoujours? C'est ce que nous verrons.

Selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une « société privée »¹⁵² est une société qui n'est pas une société publique et qui n'est pas contrôlée par une

¹⁵² Par. 89(1) L.I.R.

ou plusieurs sociétés publiques (sauf des sociétés de capital de risque visées par règlement) ou sociétés d'État prévues par règlement, ou par l'une et l'autre de celles-ci. On réfère au contrôle de droit seulement.

Les sociétés de capital de risque visées par règlement¹⁵³ n'influencent pas le statut de « société privée » d'une société dans laquelle elles investissent, elles comprennent notamment les sociétés constituées en vertu de :

- la *Loi concernant les sociétés de développement de l'entreprise québécoise*¹⁵⁴;
- la *Loi sur les sociétés de placement dans l'entreprise québécoise*¹⁵⁵;
- la *Loi constituant le Fonds de solidarité des travailleurs du Québec*¹⁵⁶; et
- la *Loi constituant Fondation, le Fonds de développement de la Confédération des syndicats nationaux pour la coopération et l'emploi*¹⁵⁷.

Selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une SPCC¹⁵⁸ est une société privée qui n'est pas contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, par une ou plusieurs personnes non résidentes ou par une ou plusieurs sociétés publiques (sauf une société de capital de risque visée par règlement). Le législateur a ainsi voulu prévoir le contrôle de fait, ce qui est différent de la définition de société privée qui ne prévoyait que le contrôle de droit. Par ailleurs, le contrôle réputé qui est prévu à l'alinéa 251(5)b) L.I.R. est applicable aux fins de la définition de SPCC.

4.6.2. Conséquences fiscales de la perte du statut de SPCC

La perte du statut de SPCC aura notamment les conséquences fiscales suivantes :

¹⁵³ Art. 6700 R.I.R.

¹⁵⁴ L.Q. 1976, c. 33.

¹⁵⁵ L.Q. 1985, c. 9.

¹⁵⁶ L.R.Q., c. F-3.2.1.

¹⁵⁷ L.Q. 1995, c. 48.

¹⁵⁸ Par. 125(7) L.I.R.

- perte de la DPE¹⁵⁹;
- réduction du taux de crédit de RS & DE (la société n'aura plus droit au crédit d'impôt bonifié à l'investissement de 35 % sur les premiers 2 M\$ de dépenses admissibles, le taux sera plutôt de 20 %) ¹⁶⁰;
- perte du droit au CII remboursable¹⁶¹;
- perte de la possibilité de payer le solde des impôts fédéraux le troisième mois suivant la fin de l'année plutôt que le deuxième mois suivant la fin de l'année¹⁶²;
- perte pour les actionnaires du droit à l'exonération pour gains en capital de 500 000 \$ sur les actions de la société¹⁶³;
- perte pour les détenteurs d'options d'achat d'actions de la société de la possibilité de reporter de façon non limitative, jusqu'à la disposition ou de l'échange d'une action, l'avantage imposable obtenu au moment de la levée de l'option¹⁶⁴;
- perte de la possibilité de verser, sans incidences fiscales pour ses actionnaires, un dividende en capital¹⁶⁵ libre d'impôt;
- perte de la possibilité de recevoir un remboursement d'impôt au titre de dividendes provenant de son compte d'impôt en main remboursable au titre de dividendes¹⁶⁶ (ci-après « IMRTD »);
- perte éventuelle de la possibilité de bénéficier d'une réduction de capital versé sans impact fiscal¹⁶⁷;

¹⁵⁹ Par. 125(1) L.I.R.

¹⁶⁰ Par. 127(10.1) L.I.R.

¹⁶¹ Par. 127.1(2.01) L.I.R.

¹⁶² Par. 248(1) L.I.R.

¹⁶³ Par. 110.6(2.1) L.I.R.

¹⁶⁴ Par. 7(1.1) L.I.R.

¹⁶⁵ Par. 83(2) L.I.R.

¹⁶⁶ Par. 129(1) L.I.R.

¹⁶⁷ Par. 84(4) L.I.R.

- possibilité d'être considérée comme étant une grande entreprise en taxe de vente du Québec (TVQ) et d'être ainsi soumise aux remboursements de taxe sur intrants (RTI) restreints;
- partage de l'exemption pour dividendes de 500 000 \$ relativement aux dividendes sur des actions privilégiées imposables¹⁶⁸.

Une société qui perd son statut de société privée devrait donc verser préalablement un dividende en capital afin de vider son CDC et devrait verser un dividende afin de vider son compte d'IMRTD. Enfin, elle aurait intérêt à procéder à la réduction de son capital versé si celui-ci n'est pas négligeable.

Par ailleurs, avant la perte de statut de SPCC et si toutes les conditions sont respectées, il peut être opportun pour un actionnaire de procéder à la cristallisation de la déduction pour gains en capital disponible si le montant du gain latent est assez important. Pour ce faire, le choix prévu au paragraphe 48.1(1) L.I.R. pourrait être effectué.

4.6.3. Acquisition de contrôle

Il est possible que l'injection de fonds par une société de capital de risque constitue une acquisition de contrôle de Maigrepourtoujours. Il est peu probable que cela intervienne dans le cadre de cette première ronde de financement, mais il s'agit d'une possibilité lors de rondes de financement subséquentes.

Nous allons brièvement passer en revue les principales conséquences fiscales et financières d'une acquisition de contrôle de Maigrepourtoujours.

Dans un premier temps, il y aura une fin d'année d'imposition pour Maigrepourtoujours immédiatement avant l'acquisition de contrôle¹⁶⁹ avec les coûts qui s'ensuivent pour produire des états financiers et des déclarations d'impôt.

Les pertes en capital subies par Maigrepourtoujours avant le moment de l'acquisition de contrôle ne pourront être reportées après, tandis que les pertes subies après l'acquisition de contrôle ne pourront être reportées avant

¹⁶⁸ Par. 191.1(3) L.I.R.

¹⁶⁹ Par. 249(4) L.I.R.

ce moment¹⁷⁰. Il est possible de faire un choix afin de constater un gain latent sur un bien en immobilisation, incluant les biens amortissables¹⁷¹ étant donné que les pertes en capital ne peuvent être reportées ni prospectivement ni rétroactivement à la date d'acquisition de contrôle. L'impact devrait être négligeable puisque Maigrepourtoujours ne prévoit pas réaliser de pertes en capital.

Les pertes autres qu'en capital et les pertes agricoles subies avant l'acquisition de contrôle de même que les pertes autres qu'en capital et les pertes agricoles subies après l'acquisition de contrôle ne pourront être reportées respectivement après et avant ce moment :

- que si tout au long de l'année donnée (respectivement après et avant ce moment) l'entreprise a été exploitée par la société en vue d'en tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit;
- qu'à concurrence du total du revenu de la société provenant de cette entreprise pour l'année donnée et, dans le cas où des biens sont vendus, loués ou mis en valeur ou des services sont rendus dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise (respectivement avant et après ce moment), de toute autre entreprise dont la presque totalité du revenu est dérivée de la vente de la location ou de la mise en valeur, selon le cas, de biens semblables ou de la prestation de services semblables¹⁷².

Maigrepourtoujours aura des pertes autres qu'en capital importantes durant ses premières années d'exploitation. Cette dernière situation ne sera pas problématique tant que Maigrepourtoujours continuera d'exploiter son entreprise en vue d'en tirer un profit. L'injection de fonds par une SCR ne devrait pas entraîner un changement de vocation pour Maigrepourtoujours.

Les reports prospectifs et rétrospectifs d'une dépense à titre de RS & DE ainsi que le CII sont aussi restreints par une règle semblable. Ils ne peuvent être reportés qu'à l'encontre de revenus provenant de la même entreprise ou d'une entreprise semblable¹⁷³. Encore là, il n'y a pas de problème tant que Maigrepourtoujours continue à exploiter son entreprise.

¹⁷⁰ Par. 111(4) L.I.R.

¹⁷¹ Al. 111(4)e) L.I.R.

¹⁷² Par. 111(5) L.I.R.

¹⁷³ Al. 37(1)h) L.I.R., par. 37(6.1), 127(9.1) et 127(9.2) L.I.R.

Les pertes latentes suivantes de la société devront être reconnues lors de l'acquisition de contrôle :

- perte en capital latente sur immobilisations non amortissables¹⁷⁴;
- perte finale latente sur biens amortissables¹⁷⁵;
- perte latente sur immobilisations admissibles¹⁷⁶;
- montant maximum à titre de provision pour comptes à recevoir¹⁷⁷;
- perte latente relativement à des biens figurant à l'inventaire¹⁷⁸.

Toutes les pertes latentes dont il a été question s'ajouteront aux pertes accumulées par la société à la date d'acquisition de contrôle. Les restrictions mentionnées précédemment concernant les reports de perte sur les pertes en capital et les pertes autres qu'en capital s'appliqueront à ces pertes latentes. Il faudra que Maigrepourtoujours continue à exploiter son entreprise de fabrication de comprimés amaigrissants. Par exemple, Maigrepourtoujours pourrait décider d'élargir sa gamme de produits en fabriquant un lait « protéiné ». Est-ce que Maigrepourtoujours exploiterait alors le même type d'entreprise?

À chaque fois où Maigrepourtoujours pourrait se retrouver dans une situation d'acquisition de contrôle, il faudra évaluer les implications potentielles. Plusieurs règles auront des implications uniquement si Maigrepourtoujours abandonne l'exploitation de son entreprise, ce qui est peu probable compte tenu du succès de la société. Ce n'est qu'une considération parmi tant d'autres, mais il pourrait être préférable de retarder une transaction qui entraînera une acquisition de contrôle, du moins pour minimiser le travail à accomplir lors d'une fin d'année présumée. Maigrepourtoujours devra déjà fournir plein d'information aux investisseurs¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Al. 111(4)c) L.I.R.

¹⁷⁵ Par. 111(5.1) L.I.R.

¹⁷⁶ Par. 111(5.2) L.I.R.

¹⁷⁷ Par. 111(5.3) L.I.R.

¹⁷⁸ Par. 10(1) L.I.R.

¹⁷⁹ Voir l'obligation d'information à la section 4.1.4.3.

5. PRODUCTION ET MISE EN MARCHÉ

Le comprimé est prêt pour la phase de production et de commercialisation. Maigrepourtoujours entend faire l'acquisition d'un laboratoire opérationnel se conformant aux normes et exigences de Santé Canada.

Le financement requis à cette étape cruciale du développement de Maigrepourtoujours devra aussi permettre de mettre en œuvre le plan marketing développé par le vice-président marketing. Le nouveau vice-président production réclame quant à lui des capitaux qui lui permettront de déposer auprès de Santé Canada des demandes de licences d'exploitation et de mise en marché.

Le laboratoire de Obzité inc., opéré par un ancien professeur de l'Institut canadien de recherche sur l'obésité, est sélectionné par Maigrepourtoujours. Maigrepourtoujours procédera à l'acquisition des actifs plutôt que des actions de Obzité inc. Le prix de vente exigé par Obzité inc. est de 3 M\$.

Les besoins de capitaux par la société pour cette phase ont été évalués à environ 9,2 M\$. Les dirigeants, votre équipe et les principaux partenaires financiers de la société se rencontrent afin de structurer le financement nécessaire à cette étape.

5.1. FINANCEMENT TRADITIONNEL

Après quelques années d'exploitation, les activités de Maigrepourtoujours ont pris une tout autre ampleur. Des milliers d'heures ont été investies dans la recherche et le développement : elle est donc maintenant propriétaire d'actifs intangibles. Elle entrevoit également le moment où elle générera des ventes. Cela lui donnera accès à d'autres produits de financement, soit ceux disponibles dans le milieu du financement traditionnel.

5.1.1. Dette subordonnée

Le financement subordonné ou dette subordonnée est aussi appelé quasi-équité, financement mezzanine ou financement structuré. Le financement subordonné réunit certaines des caractéristiques du capital de risque et du financement par emprunt traditionnel.

Le financement subordonné s'apparente au prêt traditionnel du fait que l'emprunteur est tenu de rembourser le prêt et qu'une partie du coût prend la

forme d'intérêt à taux fixe, une dépense déductible du revenu imposable. Le financement subordonné partage également certaines caractéristiques du financement par actions du fait que le remboursement est établi en fonction des flux de trésorerie plutôt que de la dépréciation de l'actif financé, mais aussi parce qu'il est subordonné aux créances des prêteurs garantis.

Les flux de trésorerie futurs de l'emprunteur déterminent en grande partie le montant de dette subordonnée que l'entreprise et le prêteur seront en mesure de supporter. La position de l'entreprise sur le marché et l'équipe de direction peuvent aussi influencer la décision du prêteur.

Le rendement du financement subordonné est en partie fondé sur le succès de l'entreprise puisque ce mode de financement est généralement assorti d'une option d'achat d'actions ou de redevances sur les ventes ou les flux de trésorerie futurs. Le rendement attendu se situe habituellement entre 14 % et 18 %.

Ce genre d'investissement est habituellement garanti par un privilège sur les éléments d'actif qui est entièrement subordonné aux créances des autres prêteurs garantis, mais prioritaire par rapport aux créanciers non garantis. Le financement subordonné ne convient donc pas aux entreprises en difficulté ou en démarrage.

5.1.2. Prêt hypothécaire

Le prêt hypothécaire est bien connu et est conçu tant pour le financement de biens meubles que pour les immeubles. Les biens ainsi financés servent à garantir le prêt. Les versements hypothécaires combinent les montants applicables au principal et à l'intérêt.

Quel que soit le type de prêt hypothécaire, il y a quatre façons de limiter les coûts associés à un tel prêt :

- une mise de fonds initiale plus importante;
- une période de remboursement plus courte;
- des versements plus rapides (par exemple, hebdomadaires plutôt que mensuels);
- les versements forfaitaires (assurez-vous que votre entente hypothécaire le permet sans pénalité).

5.1.3. Prêt à terme standard

Les prêts à terme à taux fixe ou à taux variable sont conçus pour l'achat d'éléments d'actif à long terme. Ce type d'emprunt est généralement consenti pour un terme de un an et plus et est remboursable par versements réguliers, échelonnés sur toute la durée du prêt.

Voici une liste des principales caractéristiques du prêt à terme :

- il peut être utilisé pour l'acquisition d'éléments d'actifs nouveaux ou déjà utilisés;
- il peut servir à refinancer une dette existante, l'expansion d'une entreprise ou des acquisitions;
- il offre généralement la possibilité de remboursement anticipé sans pénalité;
- la durée du prêt ne dépasse pas la durée de vie utile de l'élément d'actif visé par le financement;
- il suppose généralement des remboursements mensuels;
- il offre la possibilité de convertir un prêt à taux variable en un prêt à taux fixe.

5.1.4. Marge de crédit

La marge de crédit est une forme de financement basée essentiellement sur la valeur inhérente des comptes à recevoir et des stocks d'une entreprise.

La meilleure description du financement d'actif consiste à établir une comparaison avec les instruments de financement bancaire traditionnels. Dans les prêts traditionnels, les fonds prêtés sont adossés sur la solidité du bilan, la constance des revenus, l'historique de crédit et le contrôle est exercé par la conformité aux engagements stipulés dans les conventions avec le client et par l'analyse des ratios. Les banquiers « traditionnels » misent sur les flux de trésorerie pour assurer le remboursement des prêts et sur les nantissements tels que les comptes à recevoir et les stocks comme solution de repli en cas de défaut de paiement.

Le financement d'actif vise à fournir aux sociétés les liquidités dont elles ont besoin pour leur fonds de roulement. Le mécanisme implique une marge de crédit renouvelable basée exclusivement sur la valeur des éléments d'actif, comptes à recevoir et stocks, qui sont alors considérés comme la principale source de remboursement puisque ce sont des postes d'actif générateurs de liquidités. Cette approche permet de consentir des marges de crédit globales beaucoup plus importantes comparativement à la méthode traditionnelle.

Plus les revenus augmentent, plus les comptes à recevoir et les stocks augmentent eux aussi et les fonds disponibles croissent en fonction de la valeur de ces actifs. Comme le financement est lié directement aux éléments d'actif, le bilan et l'état des résultats n'ont plus le même poids que dans l'approche traditionnelle. Résultat, une banque qui opte pour un modèle de financement d'actif peut prêter plus d'argent à des sociétés qui auraient été jugées autrement inadmissibles à un prêt équivalent.

5.1.5. Crédit-bail

Description

Le crédit-bail ou location-acquisition consiste à louer un bien pour une période de temps limitée en ayant la possibilité d'en faire l'achat lorsque le contrat prend fin. Le coût de la location peut être entièrement passé en charges d'exploitation par le locataire sans considérer une dépense d'intérêt et réclamer l'ACC pour l'acquisition d'un bien.

Cependant, cette formule est généralement sinon toujours plus coûteuse que l'achat pur et simple de l'actif.

Voici les principales caractéristiques du crédit-bail :

- options de financement idéales pour faire l'acquisition d'éléments d'actif sans entamer le fonds de roulement de la société;
- avantages fiscaux possibles, car les paiements de crédit-bail sont déductibles du revenu imposable. Par conséquent, le coût après impôts du matériel loué peut se révéler plus avantageux;
- financement pouvant atteindre 100 % du coût du matériel, incluant les taxes et les frais d'installation.

5.1.5.1. Aspect fiscal

Le *Bulletin d'interprétation* IT-233R¹⁸⁰ établissait des critères pour déterminer si un contrat était une convention de bail ou un contrat de vente. Certains des critères fiscaux étaient similaires aux critères comptables retrouvés dans le *Manuel de l'ICCA*. À la suite de la décision dans l'arrêt *Construction Bérrou inc. (anciennement Fortin & Moreau inc.) c. La Reine*¹⁸¹, l'ARC a annoncé à la Table ronde fédérale au Congrès 2000 de l'APFF qu'elle retirait le *Bulletin d'interprétation* IT-233R. L'ARC a précisé qu'à l'avenir la détermination devrait être résolue sur la base des rapports juridiques créés par les termes d'une entente plutôt que par l'appréciation de la réalité économique sous-jacente. Le tout a été confirmé dans *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*¹⁸².

En résumé, Maigrepourtoujours déduira un montant correspondant aux paiements mensuels de location sur le plan fiscal tandis que sur le plan comptable, elle risque fort de capitaliser un actif et de l'amortir.

Il est toutefois possible de faire un choix conjoint pour le locataire et le locateur en vertu du paragraphe 16.1(1) L.I.R. Ainsi, le locataire est présumé avoir acquis le bien loué aux fins du calcul de son revenu. Le locataire peut réclamer la déduction pour amortissement pendant la durée du bail et une dépense d'intérêt sur une fraction de chaque paiement. Pour ce faire, le bail doit être pour une durée de plus d'un an avec un locateur sans lien de dépendance qui réside au Canada ou exploite une entreprise au Canada par l'intermédiaire d'un établissement stable. Le revenu du locateur ne doit pas être exonéré d'impôt. Le choix ne s'applique pas aux biens exclus définis à l'article 8200 R.I.R.

5.2. SOCIÉTÉ DE CAPITAL DE DÉMARRAGE

Le programme de la Société de capital de démarrage de la Bourse de croissance TSX permet désormais une solution intéressante pour une société afin de devenir publique.

¹⁸⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-233R, « Convention de bail avec option; conventions de vente et de relocation », 11 février 1983.

¹⁸¹ 99 D.T.C. 5841 (C.A.F.).

¹⁸² AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques*, n° 21, 14 juin 2001.

Dans sa brochure *Votre guide vers le capital de risque public*, la Bourse de croissance TSX décrit l'inscription d'une société à cette Bourse grâce à ce programme :

« Le programme SCD scinde le processus du PAPE en deux. Tout d'abord, une coquille est créée avec le mandat d'identifier un actif prometteur. Des fonds sont réunis pour la recherche et pour effectuer le processus de vérification diligente. La dernière étape consiste à faire l'acquisition de l'actif identifié. Cette transaction constitue l'opération admissible [...]. »

Afin de se financer de cette manière, Maigrepourtoujours devrait convaincre les dirigeants d'une société dite « coquille » déjà inscrite de faire son acquisition.

6. EXPANSION DU MARCHÉ

Les Québécois ont adopté « MinceTvite ». Les échos de son efficacité se font même entendre chez nos voisins du sud qui envahissent le site de la société avec leurs demandes d'information. Devant ce raz-de-marée américain, le conseil d'administration de la société vote en faveur d'un appel public à l'épargne afin de financer une expansion massive aux États-Unis.

6.1. L'APPEL PUBLIC À L'ÉPARGNE

6.1.1. Description de l'appel public à l'épargne

Le vocable « appel public à l'épargne » désigne la première offre par une société de ses titres de participation au public. Cette opération, pouvant donner accès à une entreprise à des capitaux supplémentaires importants, est souvent utilisée afin de franchir une étape de croissance importante d'une société, telle l'expansion du marché.

Le processus d'appel public à l'épargne est régi par les dispositions de la *Loi sur les valeurs mobilières* et son équivalent dans les autres juridictions où l'opération est complétée.

Les dirigeants de Maigrepourtoujours prennent actuellement l'une des décisions les plus importantes de la vie de leur société et ils doivent bien comprendre le processus d'appel public à l'épargne, ses avantages et ses inconvénients. Ce processus devrait être l'aboutissement d'un plan stratégique établi sur une période de trois à cinq ans. Il nécessite un investissement en temps et en argent considérable. En effet, en plus de plusieurs semaines de travail intensif de la part de l'équipe de direction,

l'appel public à l'épargne pour un placement générera, exclusion faite de la commission du placeur, des coûts pouvant varier entre 225 000 \$ et 400 000 \$ pour un petit ou moyen placement d'actions. Or, il n'existe aucune garantie quant au succès de l'opération.

En tant que conseillers de l'entreprise, vous devriez souligner à Mme Petit et M. GrosJean qu'il pourrait s'avérer périlleux d'entreprendre de front le projet d'expansion du marché et celui de l'appel public à l'épargne. En effet, quoiqu'il importe que le maintien des opérations de l'entreprise soit assuré malgré l'énergie et le temps considérables investis dans un projet d'appel public à l'épargne, il est peu probable que les ressources humaines soient disponibles pour le projet d'expansion au-delà d'un suivi général de son évolution.

Le rôle de conseiller de l'entreprise ne doit pas être pris à la légère à l'aube d'un premier appel public à l'épargne. Nonobstant votre attachement à la société que vous avez vu grandir, vous ne devez pas hésiter à céder votre place en recommandant à la direction de Maigrepourtoujours des experts dans le domaine. Il importe que M. GrosJean et Mme Petit s'entourent d'une équipe solide composée de conseillers juridiques, de vérificateurs, de placeurs et de spécialistes en relations publiques. Chacun des membres de cette équipe devra être doté d'une expertise pointue et d'une réputation enviable dans le domaine des valeurs mobilières. La qualité de la relation entre ces professionnels ayant un rôle clé dans le succès de l'entreprise et les membres de la direction est primordiale.

6.1.2. Étapes préalables à un premier appel public à l'épargne

Afin de compléter avec succès un premier appel public à l'épargne, Maigrepourtoujours doit être en mesure de séduire les investisseurs potentiels. Les membres de la direction devront ainsi se pencher sur chacune des facettes de la société afin que l'achat de ses titres soit perçu comme un bon investissement. La transparence de la gestion de la société devra, compte tenu de son importance dans la vie d'une société ouverte, être l'un des objectifs guidant la restructuration précédant l'appel public à l'épargne.

Les conseillers de l'entreprise verront également à faire en sorte que les actionnaires de la société utilisent les avantages du statut de « SPCC » avant de devenir une « société publique ». Nous vous référons à la section 4.6.2. où

nous avons abordé les conséquences pour Maigrepourtoujours de perdre son statut de SPCC¹⁸³.

Parmi les diverses opérations pouvant s'avérer pertinentes préalablement à un premier appel public à l'épargne, notons la vente ou le transfert par la société d'une partie de son entreprise qui n'est pas rentable, le règlement de litiges en suspens, la modification des statuts afin de supprimer les dispositions relatives au statut de société fermée, la création de l'image publique de la société, la mise en place d'un conseil d'administration indépendant, la préparation des états financiers vérifiés pour les trois derniers exercices, la conclusion de contrats de travail avec les employés clés, la résiliation ou l'amendement de la convention entre actionnaires en vigueur, la mise à jour de la structure corporative de la société et la mise en place d'un régime d'options d'achat d'actions en faveur des employés, administrateurs et consultants.

L'appel public à l'épargne constitue une première occasion offerte à M. GrosJean et à Mme Petit d'encaisser une partie de la valeur accumulée dans l'entreprise en profitant d'un marché liquide pour leurs actions. Vous mettez cependant en garde les entrepreneurs : s'il est vrai que la présence à la cote de la Bourse crée un marché pour les actions, ils devront garder en tête qu'afin de protéger la valeur du titre, les autorités dicteront une période pendant laquelle les actions feront l'objet d'un entiercement.

L'étape préalable au processus d'appel public qui est la plus importante est celle du choix du courtier. Dans un tel cas, il est de mise de rencontrer quelques courtiers afin de déterminer ce qu'ils sont aptes à offrir. Dans le cadre de ces rencontres, les parties discuteront de la valorisation de l'entreprise, du rôle qui sera joué par le courtier, de la taille de l'émission, des valeurs qui seront émises, du prix d'émission, de l'échéancier, des territoires où les titres seront émis et de la commission qui sera payée.

6.1.3. Processus d'appel public à l'épargne

Le délai nécessaire au processus d'appel public à l'épargne, qui débute par une réunion d'organisation de l'équipe de travail et se termine par la clôture du placement, varie habituellement entre 10 et 15 semaines si le travail préparatoire a été très bien fait et que l'équipe de travail est efficace.

¹⁸³ Voir le texte de P. Mario CHARPENTIER, « Opérations préalables au premier appel public à l'épargne », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, pp. 30:1-48.

Il n'est toutefois pas rare que ce processus, lorsqu'il est complexifié par la taille du placement ou d'autres facteurs, puisse prendre jusqu'à six mois. Les sept grandes étapes de cette opération sont les suivantes.

6.1.3.1. Réunion de lancement

La réunion de lancement est une réunion informelle entre les divers membres de l'équipe, à savoir les dirigeants impliqués de l'entreprise et les professionnels accompagnateurs. À la suite du partage des responsabilités entre les intervenants, l'avocat de la société coordonnera généralement l'ensemble des opérations reliées à la transaction. Ce choix s'impose en raison du rôle d'interlocuteur auprès des autorités réglementaires qui est assumé par le conseiller juridique.

Les dirigeants de Maigrepourtoujours devront se prononcer sur l'importante question des juridictions où l'appel public à l'épargne aura lieu. Deux facteurs principaux guideront cette décision, à savoir l'ampleur du financement nécessaire et la visibilité souhaitée. Même si le marché américain a beaucoup d'attrait, c'est un marché difficile à percer compte tenu du très peu d'intérêt de la part des investisseurs américains. Dans les faits, en raison de la complexité accrue et des coûts très importants liés à cette opération, cette possibilité s'avère irréaliste dans la grande majorité des cas. L'appel public à l'épargne de Maigrepourtoujours sera donc limité aux divers territoires et provinces canadiens.

Compte tenu de la petite taille de Maigrepourtoujours et de sa relative jeunesse, votre équipe multidisciplinaire suggère que les titres de la société soient cotés à la Bourse de croissance TSX.

6.1.3.2. Vérification diligente

Le placeur procédera à une vérification diligente de la société. Son premier objectif sera de s'assurer que les informations contenues au prospectus provisoire constituent, tel qu'il est requis par la loi, une divulgation complète, véridique et claire de tous les faits importants ayant trait aux titres faisant l'objet du placement.

Le placeur ainsi que ses divers conseillers, financiers, juridiques et comptables, procéderont à la vérification en profondeur des diverses facettes de la société. Cette vérification s'apparentera à celle qu'un acheteur ferait

dans le cadre d'une acquisition. Ce processus a été amplement détaillé dans le cadre de l'Étude de cas B du Congrès 2003¹⁸⁴.

6.1.3.3. Préparation du prospectus provisoire

Le dépôt d'un prospectus devra être effectué par Maigrepourtoujours dans chacune des provinces où elle aura choisi de faire son placement. L'article 13 L.V.M.Q. stipule que le prospectus présente les informations et les attestations prévues par règlement (description du placement, de l'entreprise et de l'utilisation projetée des fonds, analyse de la situation financière de la société, information détaillée sur la direction, les administrateurs et les principaux actionnaires), mais surtout « qu'il révèle tous les faits importants susceptibles d'affecter la valeur ou le cours des titres qui font l'objet d'un placement ». La rédaction de ce document va requérir de nombreuses heures de travail, car le langage utilisé ne doit pas être de nature promotionnelle et les fondements de chacune des affirmations devront être appuyés par des sources fiables et indépendantes.

Il est intéressant de noter que les éléments essentiels, notamment le prix et la taille définitifs du placement, ne seront fixés que lors du dépôt du prospectus définitif.

6.1.3.4. Examen du prospectus

Environ un mois après le dépôt du prospectus provisoire, les analystes des autorités en valeurs mobilières réviseront le prospectus et les états financiers pour déterminer s'ils sont conformes aux exigences en la matière et ils pourront exiger que Maigrepourtoujours précise ou complète, au moment du dépôt du prospectus définitif, l'information contenue au prospectus provisoire.

6.1.3.5. Promotion de l'appel public à l'épargne

Cette étape, d'une importance cruciale pour le succès du financement, consiste à faire la promotion auprès des investisseurs potentiels de la vente des titres de la société faisant l'objet de l'appel public. Accompagné des dirigeants de Maigrepourtoujours, le courtier distribuera, au cours de cette tournée de promotion, le prospectus provisoire. L'équipe de mise en marché devra se limiter à la seule information contenue dans le prospectus provisoire pour convaincre de la valeur du placement. Les commentaires et les

¹⁸⁴ R. GAGNÉ, C. LAPOINTE, J.-L. FRÉCHETTE et M.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 118.

informations obtenus dans ce cadre permettront au placeur et à la société de parfaire leur opinion sur le prix d'émission et la taille du placement.

La loi requiert qu'il n'y ait vente d'aucun titre à ce stade et que chacune des personnes ayant reçu copie du dépôt du prospectus provisoire reçoive également le prospectus définitif.

6.1.3.6. Préparation et dépôt du prospectus définitif

Le dépôt du prospectus définitif est effectué lorsque chacune des étapes préalables aura été franchie et que le prix et la taille du placement auront été fixés. L'information contenue au prospectus provisoire aura d'abord été mise à jour. Une fois le prospectus définitif approuvé par les autorités, l'émission de titres en faveur du public pourra être faite.

6.1.3.7. Clôture

Tous les intervenants se réuniront de nouveau au cours d'une séance où auront lieu la signature de la documentation juridique et l'émission des actions. C'est à ce moment que M. GrosJean et Mme Petit auront enfin l'occasion de se voir remettre le résultat concret de l'appel public à l'épargne, soit un chèque du placeur représentant le montant du placement.

6.1.4. Considérations fiscales

Nous convions le lecteur à l'Étude de cas A du Congrès de 1998¹⁸⁵ qui élabore sur les éléments mentionnés à la section 4.6.2.

6.1.5. Impact de l'appel public à l'épargne sur la vie d'une société

À compter de la clôture de son premier appel public, Maigrepourtoujours devra se soumettre aux règles prescrites par la *Loi sur les valeurs mobilières* ainsi que celles imposées par la Bourse de croissance TSX. Une partie des ressources humaines et financières de la société sera consacrée à répondre aux demandes des investisseurs, d'effectuer des représentations auprès des communautés financières, de préparer et

¹⁸⁵ P. Mario CHARPENTIER, Robert Y. GIRARD, Daniel LACHAPELLE et André ROY, « Étude de cas A – Premier appel public à l'épargne », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, pp. 44:1-132, aux pages 44:87-129.

distribuer des rapports trimestriels et annuels et de rédiger les communiqués de presse.

S'il est vrai que l'introduction au capital de la société de partenaires financiers aura donné un bon avant goût à M. GrosJean et Mme Petit de la gestion collective de la société et de la pression relative au rendement financier de Maigrepourtoujours, ces deux éléments feront désormais partie de leur quotidien.

L'impact positif ne se limite toutefois pas à la plus grande facilité d'accès aux capitaux. Le prestige relié au statut de société inscrite en Bourse donnera beaucoup de crédibilité à Maigrepourtoujours dans ses relations avec les consommateurs, les distributeurs et les divers autres partenaires.

ANNEXE A

Tableau comparatif

Points saillants comparatifs de la *Loi sur les compagnies, Parties I et IA* et de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*¹⁸⁶

LOI SUR LES COMPAGNIES		LOI CANADIENNE SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS
PARTIE I	PARTIE IA	
Constitution Par lettres patentes à la suite du dépôt d’une requête (discrétion du Registraire) (art. 6) (Non applicable depuis 1990)	Constitution Par certificat à la suite du dépôt de statuts (pas de discrétion du Registraire) (art. 123.15)	Constitution Par certificat à la suite du dépôt de statuts (pas de discrétion du directeur) (art. 8)
Dénomination sociale Conforme à la loi (art. 9.1)	Dénomination sociale Conforme à la loi (art. 9.1)	Dénomination sociale Conforme aux règlements (art. 12)
Française seulement, avec version anglaise permise à certaines conditions	Française seulement, avec version anglaise permise à certaines conditions	Française ou anglaise ou les deux
Contrôle <i>a priori</i> réduit, limité à l’identique et aux règles d’intérêt public (art. 8, 10)	Contrôle <i>a priori</i> réduit, limité à l’identique et aux règles d’intérêt public (par. 123.160(4))	Contrôle <i>a priori</i> plus strict, visant notamment les noms prêtant à confusion
Recherche obligatoire (art. 10.1, 22, 38)	Recherche obligatoire (par. 123.160(5))	Recherche obligatoire
Réservation possible (art. 9.2)	Réservation possible (art. 9.2)	Réservation possible (art. 11)
.....	Numéro matricule possible (art. 123.23)	Numéro matricule possible (par. 11(2))

¹⁸⁶ Ce tableau provient du texte de M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 16, pp. 3.23-3.27.

LOI SUR LES COMPAGNIES**LOI
CANADIENNE
SUR LES
SOCIÉTÉS PAR
ACTIONS****PARTIE I****PARTIE IA**

Noms d'emprunt
possibles (art. 34)

Noms d'emprunt
possibles (art. 34)

Noms d'emprunt
possibles
(par. 10(6))

Capacité

Limitée aux objets, fixés
dans les lettres patentes
(par. 7(2), art. 30 et
par. 31(o))

Capacité

Illimitée, « sauf ce qui
est propre à la
personne humaine ».
Pas d'objets à fixer
(art. 123.29)

Capacité

Illimitée (art. 15).
Pas d'objets à fixer.

Provinciale. Habilitation
ab extra requise (sauf
entente réciproque)

Provinciale.
Habilitation *ab extra*
requise (sauf entente
réciproque)

Nationale

.....

.....

Siège social

Doit être situé au Québec
(par. 7(3))

Siège social

Doit être situé au
Québec (art. 123.34)

Prestige supérieur
pour opérations
internationales

Siège social

N'importe où au
Canada. Peut être
transporté d'une
province à l'autre.

Capital-actions

Limité quant au nombre
d'actions (par. 7(4) et
suiv.)

Capital-actions

Illimité quant au
nombre d'actions, sauf
stipulation expresse
(art. 123.38)

Capital-actions

Illimité quant au
nombre d'actions,
sauf stipulation
expresse (al. 6(1)c))
Actions sans valeur
nominale seulement
(par. 24(1))

Actions avec et sans
valeur nominale (art. 13)

Actions avec et sans
valeur nominale
(art. 123.39)

Émission d'actions non
libérées possible (art. 45,
66 et suiv.)

Émission d'actions
non libérées possible
(art. 45, 66 et suiv.)

Pas d'émission
d'actions non
libérées (par. 25(3))

Obligation d'émettre des
actions (mémoire des
conventions)

Obligation d'émettre
des actions (1^{re}
assemblée

Pas d'obligation
d'émettre des
actions

(par. 7(7) et art.8)

d'organisation)
(art. 123.17)

(par. 104(1))

LOI SUR LES COMPAGNIES

LOI
CANADIENNE
SUR LES
SOCIÉTÉS PAR
ACTIONS

PARTIE I

PARTIE IA

Surplus d'apport possible

Surplus d'apport possible
(art. 123.48 et suiv.)

Pas de surplus d'apport (sauf cas exceptionnels)
(par. 26(2) et suiv.)

.....

Possibilité de racheter les actions ordinaires
(art. 123.56)

Possibilité de racheter les actions ordinaires (art. 34)

Achat ou rachat d'actions privilégiées avec surplus correspondant « gelé »
(par. 48(13))

Achat ou rachat d'actions rachetables avec réduction du compte de capital-actions émis et payé
(art. 123.50, 123.53 et suiv.)

Achat ou rachat d'actions rachetables avec réduction du capital déclaré (art. 36, 39)

Réduction du capital par continuation
(art. 123.134)

Réduction du capital émis par règlement, sans intervention des créanciers ou du Registraire (art. 123.62 et suiv.)

Réduction du capital émis par résolution spéciale et, dans certains cas, certificat de modification, sans intervention des créanciers
(art. 38, al. 173(1)f))

Administrateurs

Nombre fixe (art. 84)
Minimum de 3 (art. 83)

Administrateurs

Nombre fixe ou variable
Minimum de un (1)
(art. 123.72)

Administrateurs

Nombre fixe ou variable
Minimum de un (1)
(par. 102(2))

18 ans minimum (art. 327 C.c.Q.)

18 ans minimum
(par. 123.73(1))

18 ans minimum
(par. 105(1))

.....

.....

Un quart de résidents canadiens
(par. 105(3))

LOI SUR LES COMPAGNIES**LOI
CANADIENNE
SUR LES
SOCIÉTÉS PAR
ACTIONS****PARTIE I****PARTIE IA**

Détention d'actions
requis, directe ou non
(par. 86(1))

Pas de détention
d'actions requis, sauf
stipulation expresse
(art. 123.74)

Pas de détention
d'actions requis,
sauf stipulation
expresse
(par. 105(2))
Destitution possible
(art. 109)

Destitution possible si
prévu dans les lettres
patentes

Destitution possible
(art. 123.77 et suiv.)

Plein pouvoir
d'administrer
(art. 83, 91)

Pouvoir d'administrer
sujets à réduction ou
suppression par
convention unanime
d'actionnaires
(art. 123.91 et suiv.)

Pouvoir
d'administrer sujets
à contrôle,
réduction ou
suppression par
convention unanime
d'actionnaires
(art. 102, par.
122(2), 146(1))
Pouvoir de
délégation régi par
115(3) et sujet à
convention unanime
d'actionnaires
Devoirs fixés par la
loi (art. 122)

Pleins pouvoirs de
délégation
(al. 91(2)d), art. 92)

Plein pouvoir de
délégation
(al. 91(2)d), art. 92)

Rôle de mandataires de la
compagnie (art. 321
C.c.Q.)

Rôle de mandataires
de la compagnie
(art. 123.83)

Devoirs fixés par le *Code
civil du Québec* (art. 322
et suiv.)

Devoirs fixés par le
Code civil du Québec
(art. 322 et suiv.)

Responsabilité dans
certains cas (art. 94 et
suiv.)

Responsabilité dans
certains cas (art. 96,
123.58, 123.64,
123.69, 123.71, etc.)

Intérêt dans contrats
régis (art. 120)

Responsabilité
strictement établie
(art. 188 et suiv.)

Indemnisation possible
avec consentement des
actionnaires
(art. 90)

Indemnisation
obligatoire en cas de
poursuite (art. 123.87
et suiv.)

Indemnisation
possible (art. 124)

LOI SUR LES COMPAGNIES

LOI
CANADIENNE
SUR LES
SOCIÉTÉS PAR
ACTIONS

PARTIE I

PARTIE IA

Participation aux réunions
par téléphone (art. 89.2)

Participation aux
réunions par téléphone
(art. 89.2)

Participation aux
réunions par
téléphone ou par
voie électronique
(art. 114.9)

Actionnaires
Aucun contrôle sur
l'administration, sauf par
l'élection des
administrateurs (art. 88)

Actionnaires
Contrôle et prise en
main de
l'administration
possibles par
convention unanime
(art. 123.91 et suiv.)

Actionnaires
Contrôle et prise en
main de
l'administration
possibles par
convention unanime
(art. 102,
par. 146(1))

Pouvoir d'approuver ou
non les règlements de
régie interne ou de
modification de structure
(par. 91(3), art. 87, 77,
21, 64, etc.)

Pouvoir d'approuver
ou non les règlements
de régie interne ou de
modification de
structure (par. 91(3),
art. 123.103)

Pouvoir
d'approuver,
modifier ou refuser
les règlements de
régie interne (par.
103(2)), d'adopter
eux-mêmes les
modifications de
structure (art. 173),
et de proposer des
modifications
(art. 137)

Droit de veto (vote
séparé) prévu dans les
lettres patentes.

Droit de veto (vote
séparé) si prévu dans
les statuts

Droit de veto (vote
séparé) prévu dans
la loi (art. 176)

.....
Protection générale sous
l'article 33 C.p.c. et 316
et 326 C.c.Q.

.....
Protection générale
sous l'article 33 C.p.c.
et 316 et 326 C.c.Q.

Droit de dissidence
(art. 190)
Recours multiples
expressément
prévus (art. 238 et
suiv.)

.....

Résolutions signées
tenant lieu
d'assemblées prévues
(art. 123.96)

Résolutions signées
tenant lieu
d'assemblée
prévues (art. 142)

LOI SUR LES COMPAGNIES**LOI
CANADIENNE
SUR LES
SOCIÉTÉS PAR
ACTIONS**

PARTIE I	PARTIE IA	
.....	Participation aux assemblées par téléphone possible (art. 123.95)	Présence et vote par moyens téléphoniques ou électroniques (par. 132(4), 141(3))
Règle de la majorité	Règle de la majorité	Règle de la majorité écartée (art. 242)
Prêts aux actionnaires interdits (art. 95)	Prêts aux actionnaires permis si compagnie solvable (art. 123.66 et suiv.)	
Sceau Requis dans certains cas (par. 18(4), 53(1), 54(1), 64(2), etc.)	Sceau Non requis (art. 123.165)	Sceau Non requis (art. 23)
Légalité des documents Contrôlée par le Registraire	Légalité des documents Non contrôlée par le Registraire : responsabilité des intéressés (art. 123.158) Annulation si illégalité (art. 123.144)	Légalité des documents Semi-contrôlée par le directeur (par. 262(2) et (6), art. 264)
Tarif Non pertinent, sauf : certificat de continuation fixe à 197 \$	Tarif Certificat de constitution : fixe à 300 \$ Certificat de modification : fixe à 140 \$ Immatriculation : gratuite si en deçà des délais, 73 \$ sinon	Tarif Certificat de constitution : fixe à - 200 \$ si dépôt électronique - 250 \$ si dépôt régulier Certificat de modification : fixe à 200 \$ Immatriculation : 212 \$

LOI SUR LES COMPAGNIES

***LOI
CANADIENNE
SUR LES
SOCIÉTÉS PAR
ACTIONS***

PARTIE I

PARTIE IA

Divers

.....

Présomption de connaissance des documents publics
Dissolution volontaire (abandon de charte) discrétionnaire pour le Registraire (art. 28 et suiv.) – Responsabilité des administrateurs

Divers

Contrat préconstitutif liant la compagnie possible (art. 123.7 et suiv.)
Pas de présomption de connaissance (art. 123.30)
Dissolution volontaire discrétionnaire pour le Registraire (art. 28 s) – Responsabilité des administrateurs

Divers

Contrat préconstitutif liant la compagnie possible, avec effet rétroactif (art. 14)
Pas de présomption de connaissance (art. 17)
Dissolution volontaire simplifiée, par dépôt de clauses (art. 210) – Responsabilité des actionnaires (art. 226)

ANNEXE B**Table de correspondance****Sites Internet pour les programmes de financement**

Sites Web	Sections dans le texte
www.cdec-rrp.ca	2.6.7.
www.mce.gouv.qc.ca	Général
www.rcican.com	Général
www.infoentrepreneurs.org	2.6.5., 5.1.4.
www.acldq.qc.ca	2.6.2., 2.6.7.
www.strategis.ic.gc.ca	Général
www.sajemontrealmetro.com	2.6.2.
www.reseau-sadc.qc.ca	2.6.4.
www.investquebec.com	2.6.6.3., 2.6.6.2. et 3.6.
www.solideq.qc.ca	2.6.7.
www.sde-villemarie.qc.ca	2.6.2.
www.nrc.cnrc.gc.ca	Général
www.bdc.ca	2.6.6.1.
www.sij.qc.ca	2.6.3.

ANNEXE C

Informations supplémentaires – Société locale d'investissement pour le développement de l'emploi (SOLIDE)

De façon générale, la SOLIDE dispose d'un fonds initial de 500 000 \$ dont la moitié provient du milieu (MRC, municipalités, entreprises, organismes, institutions financières) et du ministère des Régions. L'autre moitié est financée par SOLIDEQ, société dans laquelle le Fonds de solidarité FTQ a injecté 30 M\$, participant ainsi au financement des SOLIDE. Les fonds du milieu permettent donc de doubler ce potentiel d'investissement.

Le conseil d'administration de la SOLIDE est composé des partenaires locaux (investisseurs ou autres). Il est responsable de la gestion de la SOLIDE et décide des investissements dans les entreprises du milieu dans le cadre de sa politique d'investissement. Il est appuyé dans son travail par la MRC et certains organismes du milieu tels la SADC, le CLD, les institutions financières, les firmes comptables, etc. La MRC et le Fonds de solidarité FTQ désignent respectivement un administrateur au conseil de la SOLIDE.

La SOLIDE est donc un outil pour favoriser la collaboration et la solidarité en engageant les gens du milieu dans le domaine de la création d'emplois et de l'économie locale.

La SOLIDE réalise des investissements, pour un montant se situant entre 5 000 \$ et 50 000 \$, dans l'entreprise sous forme de prêts participatifs comportant une option d'achat d'actions ou une redevance.

La SOLIDE peut également investir sous d'autres formes, mais elle ne peut octroyer de subventions.

Critères

Les projets admissibles sont viables, rentables et contribuent à créer ou à maintenir des emplois permanents et ne constituent pas un déplacement d'emplois.

Les entrepreneurs font preuve d'ouverture envers les travailleuses et travailleurs et entretiennent de bonnes relations de travail.

Parmi les autres facteurs pouvant influencer les décisions d'investissement, notons, entre autres, l'expertise de l'entrepreneur, l'importance de sa mise de fonds ainsi que les retombées économiques du projet.

ÉTATS FINANCIERS A**MAIGREPOURTOUJOURS INC.****BILAN AU**

	30 sept. 2004
ACTIFS	
Court terme	
Encaisse	\$ 125 000
Débiteurs	-
Inventaire de fourniture	<u>25 000</u>
	150 000
Immobilisations	<u>100 000</u>
	<u>\$ 250 000</u>
PASSIF	
Court terme	\$ -
AVOIR DE L'ACTIONNAIRE	
Capital-actions	
Actions ordinaires catégorie A	150 000
Actions ordinaires catégorie B	100 000
BNR	<u>-</u>
	<u>250 000</u>
	<u>\$ 250 000</u>

ÉTATS FINANCIERS B

MAIGREPOURTOUJOURS INC.
BILAN AU

	<u>30 sept. 2005</u>	<u>Projet</u>	<u>1 oct. 2005</u>
ACTIFS			
Court terme			
Encaisse	\$ -	\$ 950 000	\$ 950 000
Débiteurs	-	-	-
Inventaire de fourniture	25 000	50 000	75 000
Frais payés d'avance	<u>-</u>	<u>-</u>	<u>-</u>
	25 000	1 000 000	1 025 000
Immobilisations	<u>70 000</u>	<u>500 000</u>	<u>570 000</u>
	<u>\$ 95 000</u>	<u>\$ 1 500 000</u>	<u>\$ 1 595 000</u>
PASSIF			
Court terme			
Créditeurs	\$ 25 000	\$ 50 000	\$ 75 000
Portion court terme de la dette à long terme (FPEC)	-	-	-
Avances d'un administrateur	<u>-</u>	<u>-</u>	<u>-</u>
	25 000	50 000	75 000
Avances d'un actionnaire	-	125 000	125 000
Prêt immigrants investisseurs	-	250 000	250 000
Prêt convertible (Ange financier)	-	625 000	625 000
Dette à long terme (FPEC)	<u>-</u>	<u>250 000</u>	<u>250 000</u>
	<u>25 000</u>	<u>1 300 000</u>	<u>1 325 000</u>

AVOIR DE L'ACTIONNAIRE

Capital-actions

Actions ordinaires catégorie A	150 000	-	150 000
Actions ordinaires catégorie B	100 000	-	100 000

Capital de risque convivial

Actions catégorie C	-	200 000	200 000

BNR

<u>(180 000)</u>	<u>-</u>	<u>(180 000)</u>
<u>70 000</u>	<u>200 000</u>	<u>270 000</u>
<u>\$ 95 000</u>	<u>\$ 1 500 000</u>	<u>\$ 1 595 000</u>

Ratios financiers:

Fonds de roulement	1.00	13.67
Dette/Équité	0.36	4.91

ÉTATS FINANCIERS C

MAIGREPOURTOUJOURS INC.
BILAN AU

	30 sept. 2006	Projet	1 oct. 2006
ACTIFS			
Court terme			
Encaisse	\$ 15 000	\$ 3 250 000	\$ 3 265 000
Débiteurs	-	-	-
Inventaire de fourniture	-	500 000	500 000
Frais payés d'avance	<u>-</u>	<u>-</u>	<u>-</u>
	15 000	3 750 000	3 765 000
Immobilisations	<u>400 000</u>	<u>250 000</u>	<u>650 000</u>
	<u><u>\$ 415 000</u></u>	<u><u>\$ 4 000 000</u></u>	<u><u>\$ 4 415 000</u></u>
PASSIF			
Court terme			
Créditeurs	\$ -	\$ -	\$ -
Portion court terme de la dette à long terme (FPEC)	25 000	-	25 000
Avances d'un administrateur	<u>-</u>	<u>-</u>	<u>-</u>
	25 000	-	25 000
Avances d'un actionnaire	125 000	-	125 000
Prêt immigrants investisseurs	250 000	-	250 000
Financement des crédits d'impôt	-	1 200 000	1 200 000
Dette à long terme (FPEC)	<u>200 000</u>	<u>-</u>	<u>200 000</u>
	<u>600 000</u>	<u>1 200 000</u>	<u>1 800 000</u>

AVOIR DE L'ACTIONNAIRE

Capital-actions

Actions ordinaires catégorie A	150 000	-	150 000
Actions ordinaires catégorie B	100 000	-	100 000

Capital de risque convivial

Actions catégorie C	200 000	-	200 000

Capital de risque

Actions catégorie D	-	2 800 000	2 800 000
Actions catégorie D (Ange financier)	625 000	-	625 000

BNR

<u>(1 260 000)</u>	<u>-</u>	<u>(1 260 000)</u>
<u>(185 000)</u>	<u>2 800 000</u>	<u>2 615 000</u>
<u>\$ 415 000</u>	<u>\$ 4 000 000</u>	<u>\$ 4 415 000</u>

Ratios financiers:

Fonds de roulement	0.60	150.60
Dette/Équité	-3.24	0.69

ÉTATS FINANCIERS D

MAIGREPOURTOUJOURS INC.
Projet d'acquisition

Projet production et mise en marché		Financement	
Fonds de roulement	\$ 3 625 000	Prêt hypothécaire	\$ 1 750 000
Immeuble Obzité inc.	2 000 000	Prêt à terme	750 000
Équipement Obzité inc.	1 000 000	Prêt subordonné	1 500 000
Équipement nouveau	1 250 000	Crédit-bail	1 000 000
Améliorations locatives	750 000	Capital de risque	<u>4 200 000</u>
Remboursement des avances	125 000		<u><u>\$ 9 200 000</u></u>
Remboursement du prêt immigrants investisseurs	250 000		
Remboursement FPEC	<u>200 000</u>		
	<u><u>\$ 9 200 000</u></u>		

ÉTATS FINANCIERS E

MAIGREPOURTOUJOURS INC.

BILAN AU

	<u>30 sept. 2007</u>	<u>Projet</u>	<u>1 oct. 2007</u>
ACTIFS			
Court terme			
Encaisse	\$ 100 000	\$ 3 625 000	\$ 3 725 000
Débiteurs	-	-	-
Inventaire de fourniture	-	-	-
Frais payés d'avance	<u>-</u>	<u>-</u>	<u>-</u>
	100 000	3 625 000	3 725 000
 Immobilisations	 <u>450 000</u>	 <u>5 000 000</u>	 <u>5 450 000</u>
	<u>\$ 550 000</u>	<u>\$ 8 625 000</u>	<u>\$ 9 175 000</u>
PASSIF			
Court terme			
Créditeurs	\$ -	\$ -	\$ -
Portion court terme de la dette à long terme (FPEC)	25 000	(25 000)	-
Avances d'un administrateur	<u>-</u>	<u>-</u>	<u>-</u>
	25 000	(25 000)	-
 Avances d'un actionnaire	 125 000	 (125 000)	 -
Prêt immigrants investisseurs	250 000	(250 000)	-
Financement des crédits d'impôt	1 100 000	-	1 100 000
Prêt hypothécaire	-	1 750 000	1 750 000
Prêt à terme	-	750 000	750 000

Prêt subordonné	-	1 500 000	1 500 000
Crédit-bail	-	1 000 000	1 000 000
Dette à long terme (FPEC)	<u>175 000</u>	<u>(175 000)</u>	<u>-</u>
	<u>1 675 000</u>	<u>4 425 000</u>	<u>6 100 000</u>

AVOIR DE L'ACTIONNAIRE

Capital-actions

Actions ordinaires catégorie A	150 000	-	150 000
Actions ordinaires catégorie B	100 000	-	100 000

Capital de risque convivial

Actions catégorie C	200 000	-	200 000

Capital de risque

Actions catégorie D	2 800 000	-	2 800 000
Actions catégorie D (Ange financier)	625 000	-	625 000
Actions catégorie E	-	4 200 000	4 200 000

BNR	<u>(5 000 000)</u>	<u>-</u>	<u>(5 000 000)</u>
	<u>(1 125 000)</u>	<u>4 200 000</u>	<u>3 075 000</u>
	<u>\$ 550 000</u>	<u>\$ 8 625 000</u>	<u>\$ 9 175 000</u>

Ratios financiers:

Fonds de roulement	4.00	
Dette/Équité	-1.49	1.98

ÉTATS FINANCIERS F

MAIGREPOURTOUJOURS INC.

PROJECTIONS FINANCIÈRES

POUR LES PÉRIODES TERMINÉES LE 30 SEPTEMBRE

	2008	%	2009	%	2010	%	2011	%
Ventes	\$ 15 000 000	100 %	\$ 30 000 000	100 %	\$ 60 000 000	100 %	\$ 120 000 000	100 %
Croissance annuelle projetée			200 %		200 %		200 %	
Coûts des ventes	<u>9 000 000</u>	60 %	<u>15 000 000</u>	50 %	<u>25 000 000</u>	41,7 %	<u>45 000 000</u>	37,5 %
Marge brute	6 000 000	40 %	15 000 000	50 %	35 000 000	58,3 %	75 000 000	62,5 %
Ventes et marketing	3 000 000	20 %	5 400 000	18 %	10 200 000	17 %	19 200 000	16 %
Administration	<u>2 700 000</u>	18 %	<u>4 800 000</u>	16 %	<u>8 400 000</u>	14 %	<u>15 600 000</u>	13 %
	300 000		4 800 000		16 400 000		40 200 000	
Amortissement	1 090 000	7,3 %	872 000	2,9 %	697 600	1,2 %	758 080	1,2 %
Intérêts	<u>1 330 000</u>	8,9 %	<u>1 285 000</u>	4,3 %	<u>1 240 000</u>	2,1 %	<u>1 195 000</u>	2,1 %
Bénéfice avant impôts	(2 120 000)	-14,1 %	2 643 000	8,8 %	14 462 400	24,1 %	38 246 920	24,1 %
Impôts	_____ -		_____ -		<u>2 995 620</u>		<u>11 474 076</u>	
Bénéfice net	<u>\$ (2 120 000)</u>	-14,1 %	<u>\$ 2 643 000</u>	8,8 %	<u>\$ 11 466 780</u>	19,1 %	<u>\$ 26 772 844</u>	19,1 %
Pertes fiscales au début			(7 120 000)		(4 477 000)		-	
Bénéfice			<u>2 643 000</u>		<u>14 462 400</u>		<u>38 246 920</u>	
Pertes fiscales à la fin			(4 477 000)		9 985 400		38 246 920	
Impôt sur le bénéfice	30 %				<u>(2 995 620)</u>		<u>(11 474 076)</u>	
					6 989 780		26 772 844	

ÉTATS FINANCIERS G

MAIGREPOURTOUJOURS INC.

BILAN AU

	30 sept. 2007	30 sept. 2008	30 sept. 2009	30 sept. 2010	30 sept. 2011
ACTIFS					
Court terme					
Encaisse	\$ 3 725 000	\$ -	\$ -	\$ 3 624 380	\$ 18 605 304
Débiteurs	-	1 500 000	3 000 000	6 000 000	12 000 000
Inventaire de fourniture	-	200 000	300 000	400 000	500 000
Inventaire	-	3 000 000	6 000 000	12 000 000	24 000 000
	3 725 000	4 700 000	9 300 000	22 024 380	55 105 304
Immobilisations	5 450 000	4 360 000	3 488 000	3 790 400	3 032 320
	<u>\$ 9 175 000</u>	<u>\$ 9 060 000</u>	<u>\$ 12 788 000</u>	<u>\$ 25 814 780</u>	<u>\$ 58 137 624</u>
PASSIF					
Court terme					
Découvert de banque	\$ -	\$ 955 000	\$ 990 000	\$ -	\$ -
Créditeurs	-	1 500 000	3 000 000	6 000 000	12 000 000
	-	2 455 000	3 990 000	6 000 000	12 000 000
Financement des crédits d'impôt	1 100 000	1 000 000	900 000	800 000	700 000
Contrat location-acquisition	1 000 000	900 000	800 000	700 000	600 000
Prêt subordonné	1 500 000	1 400 000	1 300 000	1 200 000	1 100 000
Prêt hypothécaire	1 750 000	1 650 000	1 550 000	1 450 000	1 350 000
Prêt à terme	750 000	700 000	650 000	600 000	550 000
	<u>6 100 000</u>	<u>8 105 000</u>	<u>9 190 000</u>	<u>10 750 000</u>	<u>16 300 000</u>
AVOIR DE L'ACTIONNAIRE					
Capital-actions					
Actions ordinaires catégorie A	150 000	150 000	150 000	150 000	150 000
Actions ordinaires catégorie B	100 000	100 000	100 000	100 000	100 000
Actions catégorie C	200 000	200 000	200 000	200 000	200 000
Actions catégorie D	2 800 000	2 800 000	2 800 000	2 800 000	2 800 000
Actions catégorie D (Ange financier)	625 000	625 000	625 000	625 000	625 000
Actions catégorie E	4 200 000	4 200 000	4 200 000	4 200 000	4 200 000
BNR	(5 000 000)	(7 120 000)	(4 477 000)	6 989 780	33 762 624
	<u>3 075 000</u>	<u>955 000</u>	<u>3 598 000</u>	<u>15 064 780</u>	<u>41 837 624</u>
	<u>\$ 9 175 000</u>	<u>\$ 9 060 000</u>	<u>\$ 12 788 000</u>	<u>\$ 25 814 780</u>	<u>\$ 58 137 624</u>

Ratios financiers

Fonds de roulement

Dette/Équité

1.91

2.57

2.33

1.11

3.67

0.40

4.59

0.29

ÉTATS FINANCIERS H

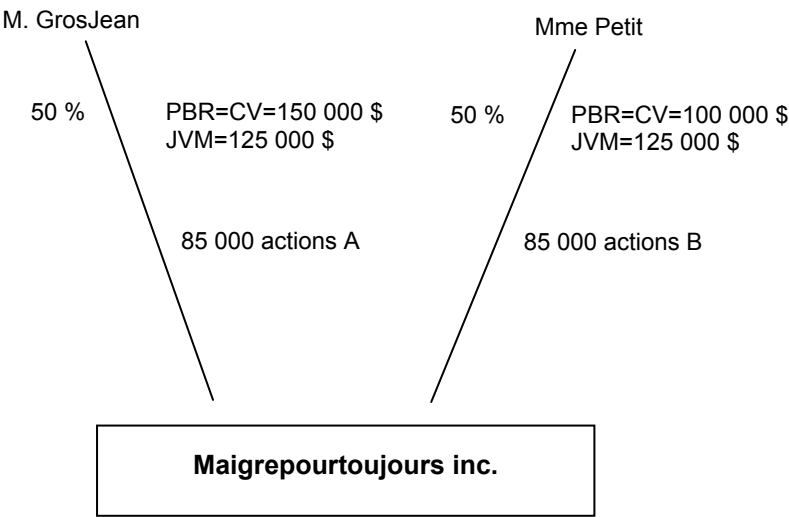
MAIGREPOURTOUJOURS INC. PROJECTION DES FLUX DE TRÉSORERIE POUR LA PÉRIODE TERMINÉS LE 30 SEPTEMBRE

	<u>2008</u>	<u>2009</u>	<u>2010</u>	<u>2011</u>
Activités d'exploitation				
Bénéfice net	(2 120 000)	2 643 000	11 466 780	26 772 844
Amortissement	<u>1 090 000</u>	<u>872 000</u>	<u>697 600</u>	<u>758 080</u>
	(1 030 000)	3 515 000	12 164 380	27 530 924
Variation nette des éléments hors caisse du fonds de roulement	<u>(3 200 000)</u>	<u>(3 100 000)</u>	<u>(6 100 000)</u>	<u>(12 100 000)</u>
	(4 230 000)	415 000	6 064 380	15 430 924
Activités de financement				
Subvention (Programme immigrants investisseurs)	-	-	-	-
Prêt convertible (Ange financier)	-	-	-	-
Financement des crédits d'impôt	(100 000)	(100 000)	(100 000)	(100 000)
Contrat location-acquisition	(100 000)	(100 000)	(100 000)	(100 000)
Prêt subordonné	(100 000)	(100 000)	(100 000)	(100 000)
Prêt hypothécaire	(100 000)	(100 000)	(100 000)	(100 000)
Prêt à terme	<u>(50 000)</u>	<u>(50 000)</u>	<u>(50 000)</u>	<u>(50 000)</u>
	(450 000)	(450 000)	(450 000)	(450 000)
Activités d'investissement				
Acquisition d'immobilisations	-	-	(1 000 000)	-
Augmentation (diminution) de l'encaisse	(4 680 000)	(35 000)	4 614 380	14 980 924
Encaisse au début de l'exercice	<u>3 725 000</u>	<u>(955 000)</u>	<u>(990 000)</u>	<u>3 624 380</u>
Encaisse à la fin de l'exercice	(955 000)	(990 000)	3 624 380	18 605 304

ORGANIGRAMME A

Phase 1 – L’incubation

JVM totale = 250 000 \$

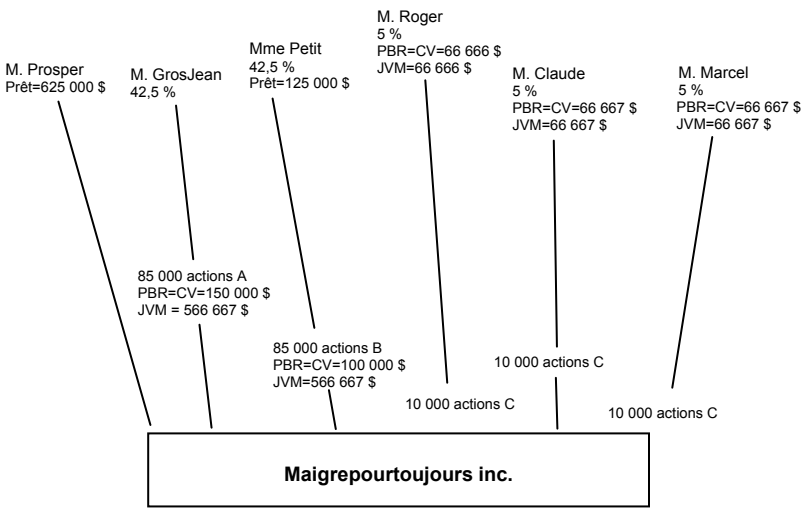


Actions A et B = votantes, participantes, dividende discrétionnaire

ORGANIGRAMME B

Phase 2 – Le démarrage

JVM totale = 1 333 333 \$

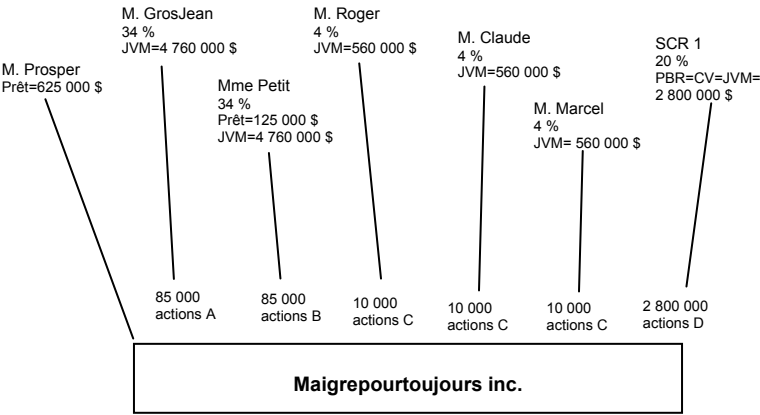


Actions A et B = votantes, participantes, dividende discrétionnaire
Actions C = non votantes, participantes, dividende discrétionnaire

ORGANIGRAMME C

Phase 3 – La recherche et le développement

JVM totale = 14 M\$

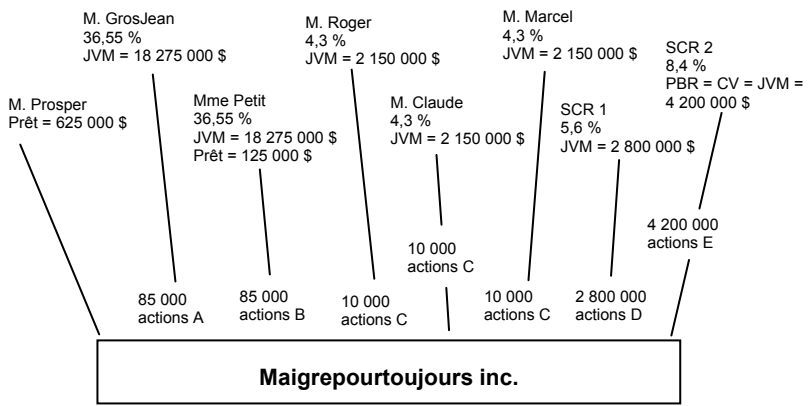


Actions D = votantes, non participantes, dividende cumulatif de 12 %

ORGANIGRAMME D

Phase 4 – La production et la mise en marché

JVM totale = 50 M\$



Actions A et B = votantes, participantes, dividende discrétionnaire
Actions C = non votantes, participantes, dividende discrétionnaire
Actions D = votantes, non participantes, dividende cumulatif de 12%
Actions E = votantes, non participantes, dividende cumulatif de 11%

ÉTUDE DE CAS B

LA GESTION DES RISQUES D'UN GEL SUCCESSORAL DANS LE CONTEXTE DES DROITS DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES



Coordonnateur

Pierre D. Grenier

Avocat, MBA

Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l.



Louis Jeannotte

Notaire, M. Fisc.

JuriFisc cabinet-conseil inc.



Réjean Raymond

BAA, M. Fisc.

Giroux, Ménard et Associés, s.e.n.c.

TABLE DES MATIÈRES

1.	MISE EN CONTEXTE	52:7
1.1.	INTRODUCTION : MISSION IMPOSSIBLE OU PRESQUE!.....	52:7
1.2.	LES FAITS	52:7
1.3.	VOTRE MISSION	52:11
2.	ANALYSE DES TECHNIQUES DE GEL SUCCESSORAL	52:12
2.1.	REVUE DES OBJECTIFS FONDAMENTAUX	52:12
2.2.	REVUE LÉGALE ET FISCALE DES TECHNIQUES DE GEL SUCCESSORAL.....	52:13
2.2.1.	Opération de cession des actions.....	52:14
2.2.2.	Gel classique ou gel renversé	52:19
3.	REVUE DU GEL SUCCESSORAL DE PROVISIONS RÉALISÉ EN 1985	52:21
3.1.	TECHNIQUE UTILISÉE : SANS CONTRÔLE DE LA CROISSANCE FUTURE	52:21
3.1.1.	La technique de gel n'est pas la cause	52:22
3.2.	LES PALLIATIFS AUX ALÉAS DE LA TECHNIQUE DE SOUSCRIPTION PERSONNELLE	52:24
3.2.1.	Le contrôle indirect	52:24
3.2.2.	La souscription « en fiducie discrétionnaire »	52:26
3.3.	REVUE DE LA SITUATION ACTUELLE APRÈS BIENTÔT 20 ANS DE GEL	52:26
3.3.1.	Les problèmes humains – La transparence	52:26
3.3.2.	Le problème de l'équité familiale et de la gestion de Provisions par une partie de la famille	52:28
4.	DROITS ET RECOURS DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES.....	52:29
4.1.	RAPPEL THÉORIQUE.....	52:29
4.2.	LA RÈGLE DE LA MAJORITÉ.....	52:29
4.3.	DROITS DES ACTIONNAIRES	52:29
4.3.1.	Droit de consulter les livres de la société.....	52:30
4.3.2.	Droit aux états financiers et aux rapports des administrateurs	52:30
4.3.3.	Droit de faire inspecter les affaires de la société.....	52:31
4.4.	DROITS DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES	52:31
4.4.1.	Le régime fédéral : <i>Loi canadienne sur les sociétés par actions</i>	52:31
4.4.2.	Le régime québécois : <i>Loi sur les compagnies</i>	52:41

4.5.	L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DU CRÉANCIER DÉTENTEUR D'UN JUGEMENT	52:47
4.5.1.	Les généralités.....	52:47
4.5.2.	L'exercice des droits hypothécaires	52:47
4.6.	APPLICATION DE CERTAINES CONSIDÉRATIONS LÉGALES AU CAS PRATIQUE	52:48
4.6.1.	Les droits et recours de Arthur, Paul et Rose.....	52:48
4.6.2.	Les droits et recours hypothécaires de M. LeDur	52:50
5.	LA PRÉVENTION CONTRACTUELLE DES CONFLITS	52:51
5.1.	LA RÉDACTION DES CONVENTIONS UNANIMES D'ACTIONNAIRES	52:51
5.2.	L'EXAMEN DES CLAUSES TYPES DES CONVENTIONS D'ACTIONNAIRES	52:52
5.2.1.	Engagement des actionnaires quant à l'élection des administrateurs	52:52
5.2.2.	Composition et fonctionnement du conseil d'administration	52:53
5.2.3.	Dispositions relatives au capital-actions	52:53
5.2.4.	Non-concurrence, non-sollicitation et engagement de confidentialité	52:54
5.2.5.	Les clauses pénales.....	52:55
5.2.6.	Les obligations envers le passif.....	52:56
5.2.7.	Clause d'achat - rachat forcé.....	52:56
5.2.8.	Arbitrage.....	52:56
6.	RÈGLEMENT ALTERNATIF ET RESTRUCTURATION PROPOSÉE	52:60
6.1.	GRANDES LIGNES DE LA PLANIFICATION PROPOSÉE	52:60
6.2.	ANALYSE DU DÉSINTÉRESSEMENT DU CRÉANCIER LEDUR	52:60
6.2.1.	Règlement préliminaire à l'interne.....	52:61
6.2.2.	Règlement direct avec M. LeDur	52:61
6.3.	REGROUPEMENT DES MINORITAIRES AU SEIN D'UNE SOCIÉTÉ DE GESTION COMMUNE ET DÉSINTÉRESSEMENT PROGRESSIF DE CES DERNIERS	52:62
6.3.1.	Planification personnelle de Josiane et de Guy.....	52:64
6.4.	DÉSINTÉRESSEMENT D'ÉMILIE L'IMPROVISÉ	52:64
6.4.1.	Nouvelle gestion.....	52:64
6.4.2.	Transfert dérivé (<i>spin-off</i>)	52:65
6.4.3.	Sort de la participation résiduelle.....	52:65
6.4.4.	Consolidation du groupe d'Émilie	52:65
6.4.5.	Vente des actions excédentaires de Marché Publico	52:66
	CONCLUSION	52:66

ANNEXE 1

ANNEXE 2

ANNEXE 3

ANNEXE 4

ANNEXE 5

ANNEXE 6

52:67

52:68

52:71

52:72

52:73

52:74

1. MISE EN CONTEXTE

1.1. INTRODUCTION : MISSION IMPOSSIBLE OU PRESQUE!

Votre mission, si vous l'acceptez, sera à la fois exigeante et passionnante, elle vous entraînera dans les dédales juridiques, financiers et fiscaux résultant d'une ancienne restructuration de gel successoral mise en place alors que les droits successoraux¹ agissaient comme frein à la volonté de croissance du patrimoine d'un individu.

Pour les cœurs tendres, nous vous prions de vous abstenir d'accepter cette mission. Elle sera périlleuse, mouvementée et pleine de rebondissements.

1.2. LES FAITS²

Le vendredi 1^{er} octobre 2004 : 15 h 30

Vous recevez en entrevue de nouveaux clients adressés par une connaissance qui a bien confiance en vous. Fier de votre titre de comptable et d'avocat, coiffé d'une maîtrise en fiscalité, vous êtes aguerri pour résoudre tout problème relevant de vos compétences.

¹ Tels que levés aux termes de la *Loi sur les droits successoraux*, L.R.Q., c. D-13.2, abrogée le 27 mai 1986, laquelle remplaçait la *Loi concernant les droits sur les successions*, L.R.Q., c. D-16, en vigueur jusqu'au 22 décembre 1978. Ces droits étaient généralement exigibles, sauf exception, pour toute personne qui détenait des biens dans la province de Québec, qui y était domiciliée et dont le décès était entre le 9 février 1918 et le 27 mai 1985. Jusqu'au 27 mai 1986, un « permis de disposer » ou « certificat du percepteur du revenu » était exigible pour pouvoir publier, sur tout registre foncier, la transmission des droits dans un immeuble à l'occasion d'un décès. Il est intéressant de noter qu'avec l'adoption au cours de ce printemps 2004 d'un projet de loi par la législature du Québec, pareil permis n'est plus nécessaire pour aucune succession.

² Le récit qui suit est basé sur une situation vécue. Seuls les noms et les informations personnelles ont été changés pour assurer toute la confidentialité nécessaire. Toutefois, il peut ne pas présenter tous les faits et événements qui se sont déroulés jusqu'à ce jour, vu les circonstances très spéciales entourant les individus concernés. Toute personne qui prend connaissance de cette étude est priée de n'associer ce récit à aucune situation factuelle connue ou dont il a pu entendre parler pour laisser libre cours à sa créativité et à son adresse professionnelles.

Arthur, Rose et Paul Latendresse vous communiquent le contenu d'un envoi reçu au début de septembre 2004 de la direction de Provisions inc. (ci-après « Provisions ») les convoquant à une assemblée très spéciale de ses actionnaires prévue pour le 6 octobre 2004 à 13 h 30³. Ils vous expliquent en long et en large les faits suivants qui les amènent à la présente consultation.

- Provisions est une personne morale régie par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁴. La structure actuelle des actions émises à la suite d'un gel successoral en 1985 est présentée à l'annexe 3 de la présente étude. Provisions fut fondée par Émilie L'Improvise, conjointe d'Arthur et mère des cinq enfants qui sont aussi actionnaires. Parmi eux, se retrouvent Rose et Paul que vous recevez en entrevue avec leur père.
- Émilie a toujours été très impliquée dans son entreprise de marché alimentaire au détail et en gros et n'entend pas lâcher prise, au grand désarroi d'Arthur; elle est déterminée à assurer sa croissance et à la transmettre à échéance à certains membres de la famille qui ont su s'impliquer et assurer de loyaux services.
- Arthur, lui, professeur émérite, aspire à une retraite bien méritée. Il aimerait bien que sa conjointe diminue ses occupations et conserve une participation proportionnelle des enfants Latendresse au sein de Provisions. Il n'est donc pas en accord avec les dernières orientations d'Émilie relatives au positionnement anticipé et souhaité par et pour Josiane et Guy Latendresse.
- Josiane, l'aînée, contrôle les opérations financières de Provisions, signe tous les chèques de celle-ci, autorise les investissements et les dépenses corporatives. Ni plus ni moins, elle a une très grande latitude dans la gestion financière de Provisions et, avec son frère Guy, aussi connu sous le sobriquet de « Ti-Coq », agit de concert dans la gestion et les opérations quotidiennes de Provisions. Émilie assure, quant à elle, le développement des affaires et l'achat de nouvelles succursales. Elle ne vit que pour la croissance et le défi stratégique de telles acquisitions. Elle a bien confiance en ses deux seuls enfants impliqués au sein de Provisions.

³ Une copie de cette convocation est jointe à l'annexe 1 de la présente étude. À même cet avis de convocation sont joints tous les projets de résolutions qui seront soumis à l'assemblée et dont copie est jointe à l'annexe 2 de la présente étude.

⁴ L.R.C. (1985), c. C-44 et mod. (ci-après « L.C.S.A. »).

- Rose, designer de profession, n'a aucun intérêt personnel dans l'entreprise et Paul, sur la voie de son père, est enseignant universitaire et n'a également aucune relation avec les affaires de Provisions ou ses opérations. Tous deux n'étaient au courant de rien jusqu'à ce que, il y a quelques jours, une ex-employée de Provisions, secrétaire proche de Josiane, leur ait confessé certaines informations troublantes.
- Arthur est toujours demeuré à l'écart des affaires de sa conjointe, s'occupant de la famille, de la cuisine et de sa tâche d'enseignant. Émilie étant toujours au boulot, il l'apprécie pour ses qualités et mène malgré tout un bon ménage avec elle.
- Enfin, le cadet et non le moindre des enfants, Roc Latendresse, a toujours donné du fil à retordre à ses parents voire à ses frères et sœurs. Sa courte vie est jusqu'à présent un long combat contre la vie sociale rangée et, plus particulièrement, on nous informe que :
 - Il se drogue et est peu apte à une réhabilitation, ayant rechuté plus d'une fois.
 - Il s'est fortement endetté et, un malheur ne se vivant pas seul, au cours d'une bataille avec l'un de ses créanciers, il l'a expédié à l'hôpital, lui infligeant une multitude de traumatismes. Ce dernier, M. LeDur, a alors intenté et gagné une poursuite de 600 000 \$ contre Roc; toute chance d'appel ayant été épuisée, M. LeDur a saisi la participation en actions de Roc dans Provisions, publié une hypothèque légale à l'encontre des certificats d'actions en possession de Provisions et institué un recours hypothécaire visant à prendre en paiement lesdites actions. Toute la famille est en désarroi. On entend faire obstacle à ce créancier indésirable. Entre-temps, Roc a été emprisonné pour une période de deux ans moins un jour au pénitencier de La Plaine. Il ne se présentera pas à l'assemblée des actionnaires.
- Les confidences reçues de l'ex-employée se résument comme suit :
- Josiane et Guy, comme on s'en doutait, font la loi et l'ordre au sein de Provisions, sauf dans sa société filiale Immo inc. (ci-après « Immo »), qui détient le parc immobilier des supermarchés (au nombre de quatre), et qui est gérée par Émilie. Cette dernière fait confiance à ses enfants impliqués et ferme l'œil sur les troublantes informations qui suivent :

- Josiane, de connivence avec son frère Guy, a fait rénover sa résidence « secondaire » aux frais de Provisions (une dépense de près de 75 000 \$); Guy, lui, fait prendre en charge par Provisions toutes ses dépenses de voyages personnels, qui seraient exorbitantes;
- Plusieurs chèques auraient été faits au bénéfice personnel de Josiane et Guy, avec l'approbation de la mère Émilie; les montants n'étaient pas connus mais les dépenses seraient bel et bien pour des avantages personnels desdits enfants.
- Josiane et Guy préparent un coup monté pour prendre le contrôle de Provisions, sans que leur mère ne semble faire opposition, son vœu étant d'assurer la transmission et la croissance de Provisions. Par contre, elle veut récupérer 45 % de la valeur de sa participation en actions de Provisions contre des éléments d'actifs de la société. À cette fin, elle veut mettre la main, d'une part, sur le parc immobilier et, d'autre part, sur une partie des actions excédentaires détenues par la société dans le capital-actions de Marché Publico inc. (ci-après « Marché Publico »), une société publique dont les titres sont négociés à la Bourse de Toronto et qui dépassent le seuil d'achat d'une semaine de Provisions⁵. Ce seuil d'achat constitue la limite de la garantie du franchiseur Marché Publico, requise aux termes de la convention de bannière et d'exploitation « Marché MRI ».

Aux projets de résolutions joints à l'avis de convocation⁶, et qui troublent vos clients, il est proposé, en résumé, ce qui suit :

- La constitution par Provisions d'une nouvelle filiale (ci-après « FilialeCo ») qui sera initialement détenue à 100 % par Provisions. FilialeCo procédera à l'acquisition contre des actions de roulement de son capital social de tous les éléments d'actifs et de passifs de Provisions; concurremment à ce transfert, Josiane et Guy souscriront à des actions participantes et votantes de FilialeCo⁷.

⁵ Puisque ces actions sont évaluées à 1,9 M\$, Provisions aimerait récupérer 837 000 \$ d'actions, soit 37 201 des 84 445 actions de classe « B » de Marché Publico, de même que celles émises par Immo à Provisions, dont la valeur nette serait aux alentours de 1,8 M\$.

⁶ Ces projets de résolutions sont présentés à l'annexe 2 de la présente étude.

⁷ Cette technique est connue comme étant le « gel renversé ».

- Alternativement, si la résolution ci-dessus n'était pas acceptée ou que les actionnaires en désaccord exerçaient quelque droit, il est prévu qu'une autre résolution visant le gel des actions de Provisions serait réalisée et que de nouvelles actions participantes et votantes seraient émises à Josiane et Guy « Ti-Coq ».

Parallèlement à la restructuration proposée, il est aussi prévu, distinctement, que les résolutions suivantes soient aussi adoptées :

- 45 % de la valeur de la participation en actions d'Émilie soit échangée contre une participation en actions d'une nouvelle société qui recueillera, dans ses éléments d'actifs, à la suite d'une série d'opérations entre les sociétés concernées, la société Immo et 837 000 \$ d'actions de classe « B » de Marché Publico.
- Des actions de type « votantes » seront émises par Provisions à Émilie et seront rachetées lorsque 75 % des actions ordinaires ou de gel, selon le cas, d'Émilie au sein de Provisions seront elles-mêmes rachetées par la société (il s'agit d'une participation résiduelle de 3 223 000 \$)⁸. Un projet d'engagement de rachat est présenté avec les projets de résolutions.

On vous mentionne enfin qu'une convention d'actionnaires très simple aurait été signée en même temps que le gel successoral réalisé il y a une quinzaine d'années; à l'époque, Roc avait été représenté par son père Arthur, qui lui avait rétrocédé les actions dès qu'il avait atteint la majorité au moyen d'un mécanisme de « cession-ratification » qui vous semble douteux.

On vous remet finalement le portrait financier de Provisions et d'Immo⁹.

1.3. VOTRE MISSION

Devant ce constat, vos clients vous demandent de :

- i) les conseiller dans le cadre de leurs droits d'actionnaires;
- ii) les informer sur les droits du créancier LeDur;

⁸ Annexe 6.

⁹ Annexes 4 et 5.

- iii) les conseiller sur les scénarios possibles à une mésentente éventuelle pour les protéger ou leur permettre de récupérer « leur » part respective.

La première partie de votre mission consistera à établir un portrait des enjeux des résolutions proposées dans le contexte d'un gel successoral. On vous demande aussi d'établir l'état du droit sur les restructurations proposées, de la possibilité ou non de s'y opposer, de la façon d'agir, bref, de faire assurer les droits de vos clients.

On vous demande un rapport détaillé des questions soulevées, des conséquences fiscales des opérations proposées ou des opérations qui en seront dérivées (notamment si les droits des minoritaires étaient exercés) et, enfin, à la demande d'Arthur, d'agir à titre de médiateur commercial ou d'en assister un qui serait nommé à cette fin.

Vous rassurez vos clients et ils vous quittent encouragés, mais nerveux.

Vous aussi...

2. ANALYSE DES TECHNIQUES DE GEL SUCCESSORAL

2.1. REVUE DES OBJECTIFS FONDAMENTAUX

L'utilisation des différentes techniques de gel successoral permettra, généralement, à une personne actionnaire principale d'une société (ci-après « l'auteur ») de reporter sur la tête de la génération suivante les impôts sur le revenu rattachés à la plus-value éventuelle d'une société et de ses éléments d'actifs.

Ces techniques permettront aussi, suivant les objectifs envisagés, de transférer, directement ou indirectement, la société en cause à cette autre génération.

Accessoirement, ces techniques permettront d'atteindre d'autres objectifs fiscaux, comptables, financiers ou légaux suivant les circonstances.

Entre autres exemples, les objectifs suivants seront régulièrement présents :

- permettre la multiplication du recours de la déduction pour un gain en capital de 500 000 \$;
- assurer une protection des éléments d'actifs des bénéficiaires;

- permettre, sous certaines conditions, de réaliser des fractionnements de revenu corporatif et personnel entre les membres de la famille;
- permettre une économie fiscale liée à la rémunération des dirigeants au moyen de gains en capital par opposition au revenu de dividendes;
- assurer un partage éventuel de la richesse au sein de la famille ou de certains de ses membres, de façon égale ou inégale.

2.2. REVUE LÉGALE ET FISCALE DES TECHNIQUES DE GEL SUCCESSORAL

Nous aimerions faire une revue sommaire des différentes techniques de gel afin d'en examiner quelques-unes dans le contexte où de tels gels pourront avoir des conséquences sur le droit des nouveaux actionnaires et, plus particulièrement, sur ceux qui ont une participation minoritaire.

Mentionnons d'abord que les différentes techniques de gel peuvent se classer en deux catégories : celle nécessitant la création de nouvelles entités légales et celle qui n'en nécessitent pas.

Dans la première catégorie, mentionnons les techniques suivantes :

- 1) la donation;
- 2) la vente directe d'actions;
- 3) l'échange d'actions à l'interne; et
- 4) le paiement d'un dividende en actions.

La deuxième catégorie inclut, entre autres :

- 1) la cession d'actions à une compagnie de gestion (gel classique externe); et
- 2) la cession d'éléments d'actif (gel renversé) à une nouvelle société opérante.

2.2.1. Opération de cession des actions

i) La donation

La donation correspond à un transfert à titre gratuit d'un bien d'un patrimoine à un autre sans contrepartie.

Cette technique est simple. L'auteur, comme le nom de la technique le mentionne, donne ses actions à la personne de son choix. Aucune autre formalité particulière n'est nécessaire. Le don d'actions d'une compagnie privée peut faire l'objet d'un don manuel¹⁰, mais il est généralement préférable qu'il respecte le principe qu'un don doit être sous forme notariée, portant minute, à des fins de preuves. Aussi, la publicité légale sera complétée à cet égard.

Les principaux inconvénients de l'utilisation de cette technique sont que le donateur doit s'imposer comme s'il avait reçu un produit de disposition équivalant à la juste valeur marchande¹¹ (ci-après « JVM ») des biens ainsi donnés, d'une part, et, d'autre part, qu'il n'y ait pas de réserve¹² permettant de retarder ou d'étaler l'impôt sur le revenu du gain découlant de la donation.

Si le bien donné correspond à des actions admissibles à la déduction pour gains en capital à la disposition d'actions admissibles de petite entreprise, le donateur pourra réclamer sa déduction pour gains en capital disponible d'un maximum de 500 000 \$¹³. Suivant l'importance du montant du gain en capital imposable et les revenus de l'auteur de la donation, par ailleurs, le donateur pourra ne pas être en mesure d'éviter l'impôt minimum de remplacement, lequel est, par contre, remboursable sur les sept prochaines

¹⁰ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 1824.

¹¹ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod. (ci-après « L.I.R. »), par. 69(1), dans le cas de lien de dépendance.

¹² S.-al. 40(1)a)(iii) L.I.R. Le donateur est réputé avoir reçu une contrepartie égale à la JVM du bien donné. En conséquence, aucune partie du produit de disposition du bien ne lui est donc payable après la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle a eu lieu la disposition. De ce fait, il ne peut prétendre à aucune provision pour reporter les impôts ainsi générés.

¹³ Par. 110.6(2.1) L.I.R.

années¹⁴. Une attention particulière doit être portée aux règles d'attribution lorsqu'il s'agit d'un don à un conjoint¹⁵.

Il est à noter que cette technique est peu utilisée lorsque la valeur des biens est importante. Elle peut cependant être souvent utilisée pour compléter d'autres techniques ou opérations réalisées dans le cadre d'un véritable gel.

ii) Vente directe d'actions

L'auteur vend ou dispose contre valeur, à la personne de son choix, ses actions de la société en cause en contrepartie soit de numéraire, soit de billet, soit, enfin, d'une autre forme de contrepartie, à l'exception d'actions de la société ou d'une autre société. Un contrat de vente interviendra alors entre les parties.

Comme pour le don, l'imposition est immédiate et, selon le cas, une réserve pour provision fiscale ou le recours à la déduction pour gains en capital de 500 000 \$ pourra être demandée par le vendeur. L'inconvénient majeur revient au financement d'une telle transaction. Habituellement, les personnes choisies par l'auteur n'ont pas les ressources nécessaires pour payer le prix de vente. Donc, l'auteur peut se retrouver dans une situation financière délicate à la suite d'un manque de liquidités et de l'impossibilité des personnes choisies à lui payer le prix de vente.

L'avantage principal de cette technique est sa simplicité et le peu de frais pour sa mise en place. Elle est peu utilisée et, tout comme la précédente, elle complète d'autres techniques. Elle peut ainsi être cumulée avec les techniques d'échanges internes ou de cession à des sociétés de gestion. Enfin, elle est très utile lorsque l'auteur désire réclamer des pertes en capital nettes ou des pertes autres qu'en capital.

Tout comme pour le don, une attention particulière doit être portée aux règles d'attribution dans le cas de vente à l'épouse ou au conjoint.

Que ce soit dans le cas de la donation ou de la vente directe d'actions, seule la plus-value future peut être transférée aux personnes choisies par

¹⁴ Art. 127.5 à 127.55 L.I.R. Et ce, dans les circonstances où l'auteur a par ailleurs des revenus imposables durant cette période.

¹⁵ Art. 74.2 et 74.4 L.I.R.

l'auteur. Quant à celle accumulée jusqu'à la date de l'opération, elle sera imposée entre les mains de l'auteur.

iii) L'échange d'actions

L'échange d'actions à des fins de gel successoral peut se faire de trois façons au sein même de la société visée :

- échange ou achat pour annulation et émission de contrepartie avec recours à l'article 51 L.I.R.;
- achat d'actions pour annulation et émission de contrepartie avec recours à l'article 85 L.I.R.;
- remaniement du capital-actions de la société comportant la conversion complète des actions concernées de l'auteur, avec le recours à l'article 86 L.I.R.

Mentionnons que dans chacune de ces techniques d'échange, l'objectif est de transférer la plus-value future aux bénéficiaires du gel et de différer l'impôt jusqu'à la disposition ultérieure des actions reçues en échange. Les bénéficiaires du gel souscriront donc à de nouvelles actions participantes pour une contrepartie minime. Toutefois, et parfois, l'auteur donne une partie de ses actions avant le gel pour permettre de conserver l'admissibilité à la déduction pour gains en capital de 500 000 \$ aux bénéficiaires du gel. L'auteur peut à sa convenance garder ou non le contrôle de la société.

A) Utilisation de l'article 51 L.I.R.

L'article 51 L.I.R. permet d'échanger des actions d'une catégorie donnée détenues par l'auteur en contrepartie d'actions d'une autre catégorie de la même société et comportant des droits différents. Il peut aussi être utilisé pour procéder à un achat de gré à gré des actions (non autrement échangeables) pour leur annulation en contrepartie de nouvelles actions émises par la société. Cette technique est très simple et peu coûteuse. Cet article est d'application automatique (sauf si l'article 85 ou 86 L.I.R. s'applique) et ne comporte aucune formalité supplémentaire à l'exception d'un contrat d'échange entre l'auteur et la société en cause.

L'utilisation de l'article 51 L.I.R. n'entraîne aucune disposition ni incidence fiscale. Son utilisation est simple, permet un roulement

automatique et est recommandée lorsqu'il est impossible de profiter de la déduction pour gains en capital¹⁶.

B) Utilisation de l'article 85 L.I.R.

Cet article permet également d'échanger des actions d'une catégorie donnée détenues par l'auteur en contrepartie d'actions nouvellement émises d'une autre catégorie de la même société. Cette technique est également très simple, à l'exception des formalités de production des formulaires. À l'instar de l'échange en vertu de l'article 51 L.I.R., l'utilisation de cette technique doit tenir compte de la règle de l'avantage conféré à une personne liée¹⁷. La somme convenue doit en outre respecter différents paramètres qui constituent des limites inférieures et supérieures¹⁸. Le formulaire de choix¹⁹ doit être produit dans les délais prescrits auprès des autorités fiscales.

Cette technique est avantageuse puisqu'elle permettra, si tel est désiré, à l'auteur de matérialiser sa déduction pour gains en capital ou encore de réclamer des pertes en capital nettes ou des pertes autres qu'en capital sans avoir à recourir à une autre société.

C) Remaniement du capital-actions de l'article 86 L.I.R.

Cette technique consiste pour l'auteur à convertir ses actions participantes en actions privilégiées non participantes dans le cadre d'un remaniement du capital-actions de la société²⁰. Pour que cette opération puisse s'effectuer sans incidence fiscale immédiate, l'auteur doit disposer de la totalité des actions d'une catégorie donnée en échange d'autres actions du capital-actions de celle-ci qui ont des caractéristiques suffisamment différentes de celles converties.

¹⁶ Étant donné qu'il n'y a pas de disposition en vertu de l'article 51 L.I.R., il n'est pas possible de profiter de la déduction pour gains en capital.

¹⁷ Par. 51(2) et al. 85(1)e.2) L.I.R.

¹⁸ Al. 85(1)b) et 85(1)c) L.I.R.

¹⁹ Formulaires T-2057 au fédéral et TP-518 au Québec.

²⁰ Par. 86(1) L.I.R.

Le remaniement du capital-actions requiert l'obtention d'un certificat de modification par lequel le capital-actions de la société est modifié par la création ou la modification d'une catégorie d'actions privilégiées qui, en l'occurrence, sera de celles normalement utilisées pour un gel et les dispositions prévoyant la façon dont sont converties les actions faisant l'objet du gel en nouvelles actions privilégiées de gel seront également indiquées.

Malgré le fait que l'expression « remaniement » ne soit pas définie dans les lois fiscales, l'Agence du revenu du Canada a exprimé sa position à cet égard dans le *Bulletin d'interprétation* IT-65²¹, prévoyant que s'il n'y a pas de changements suffisamment importants dans la structure du capital-actions de la société ou des droits et privilèges des autres actionnaires, l'article 86 L.I.R. ne trouverait pas application. En conséquence, il doit y avoir une modification dans la structure du capital-actions pour que l'article 86 L.I.R. trouve application. Il est généralement accepté qu'une restructuration suffisante du capital autorisé, effectuée dans le cadre du dépôt de clauses modificatrices, constituera un « remaniement de capital » acceptable aux fins de l'article 86 L.I.R.

Si l'auteur désire profiter de ce remaniement de capital pour matérialiser sa déduction pour gains en capital, il lui faudra alors faire en sorte que le roulement automatique accordé par l'article 86 L.I.R. soit renversé au moyen de la production d'un choix fiscal selon le paragraphe 85(1) L.I.R., par lequel l'auteur et la société choisissent une somme convenue fiscale qui deviendra le produit de disposition des actions remaniées. En choisissant une somme convenue suffisamment élevée, l'auteur du gel déclenche ainsi un gain en capital sur ses actions et peut profiter de sa déduction pour gains en capital.

Cette technique de gel a l'avantage d'être relativement simple bien qu'elle exige parfois la reconnaissance d'un certain nombre de voix des actionnaires, comme nous le verrons un peu plus loin. Elle n'exige pas la mise en place et le maintien d'une société additionnelle.

iv) Le paiement d'un dividende en actions

Cette technique consiste à déclarer et à verser en faveur de l'auteur du gel un important dividende payé en actions privilégiées rachetables à la

²¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation* IT-65, « Fractionnement d'actions et consolidations », 8 septembre 1972.

valeur marchande des actions ordinaires de la société sur lesquelles le dividende est versé. Les actions privilégiées émises en paiement du dividende devront avoir un capital versé bas. De cette façon, l'auteur ne s'imposera que sur le montant nominal du capital déclaré ou émis et payé. À cet effet, il y a lieu de rappeler une certaine controverse pour les sociétés fédérales eu égard au paragraphe 42(3) L.C.S.A.²² Au provincial, on y parviendra avec des actions à valeur nominale basse rachetables à prime.

L'effet sera de diminuer de façon significative la valeur des actions ordinaires. L'auteur peut alors les vendre ou les donner aux bénéficiaires du gel ou encore faire en sorte que ces derniers souscrivent à de nouvelles actions ordinaires pour une contrepartie nominale.

Cette technique est attrayante et peu coûteuse car elle permet d'effectuer un gel partiel ou complet sans avoir recours à l'utilisation d'une société de gestion et à la production d'un choix conjoint en vertu des dispositions de l'article 85 L.I.R. La société déclarant pareil dividende devra posséder une structure de capital-actions adéquate. Toutefois, si le contribuable désire matérialiser sa déduction pour gains en capital, il devra recourir à la technique de l'échange selon l'article 85 L.I.R. ou encore, à d'autres techniques²³.

Traitions maintenant de la deuxième catégorie de techniques, soit celles exigeant l'utilisation d'une nouvelle entité légale.

2.2.2. Gel classique ou gel renversé

i) La cession d'actions à une compagnie de gestion (gel classique externe)

Cette technique dite classique consiste à transférer les actions participantes de la société opérante détenues par l'auteur à une nouvelle société de gestion en échange d'actions privilégiées dont la valeur sera égale à la valeur des actions participantes transférées. Concomitamment au transfert, des actions participantes de la société de gestion seront émises en faveur des bénéficiaires du gel pour un montant nominal.

²² Par. 84(5) L.I.R.

²³ En l'occurrence, aux techniques discutées dans ce texte, à l'exception de celles utilisant l'article 51 L.I.R.

Cette méthode exige l'utilisation de l'article 85 L.I.R. si l'auteur veut éviter une imposition immédiate. L'auteur pourra, s'il le désire, matérialiser sa déduction pour gains en capital en effectuant un choix approprié dans le formulaire de roulement prévu à cet effet. Par contre, il faut être prudent avec l'utilisation de la déduction pour gains en capital car, en cas de vente ultérieure en faveur d'un tiers, il pourrait être impossible d'encaisser le prix de vente libre d'impôt si l'acquéreur désire acheter les actions de la société opérante et non celles de la société de gestion. Une fusion sera alors un palliatif à un tel problème.

La société de gestion pourra jouer un rôle de protection d'actifs, les excédents de caisse de la société opérante pouvant être distribués en faveur de la société de gestion sans imposition et emmagasinés à son niveau à l'abri des créanciers de la société opérante. Les excédents seraient ainsi payés à même des rachats d'actions ou des dividendes intersociétés.

Si l'auteur désire faire un gel partiel, il pourra souscrire à une partie des actions participantes de la société de gestion.

Les avantages de cette méthode de gel sont notamment le maintien de la société opérante sans modification de ses opérations et sans aucun changement apparent.

Les principaux désavantages résident notamment dans la nécessité de créer une société supplémentaire, dont le rôle pourrait se limiter à détenir des actions de la société opérante. De plus, dans certains cas, les dispositions concernant les règles d'attribution pourront trouver application²⁴.

ii) La cession d'éléments d'actifs (gel renversé) à une nouvelle société opérante

Cette technique, communément appelée le « gel renversé », consiste à transférer à une autre société les éléments d'actifs de la société opérante en échange d'actions non participantes de gel de la nouvelle société opérante. Le transfert s'effectuant alors en franchise d'impôt en utilisant l'article 85 L.I.R.

²⁴ Entre autres, celles du paragraphe 74.4(2) L.I.R.

Comme indiqué dans la technique précédente, concurremment au transfert des actifs, des actions participantes de la nouvelle société opérante seront émises en faveur des bénéficiaires du gel pour un montant nominal.

Les principaux avantages de la technique du gel renversé consistent à permettre à l'auteur du gel une certaine souplesse quant au choix des biens devant faire l'objet de la transmission et, dans certains cas, d'opposer une argumentation à l'application de certaines règles d'attribution. Elle permettra, dans certaines situations, de procéder à l'épuration de la société opérante afin que ses actions respectent tous les critères de l'article 110.6 L.I.R. à l'égard de la déduction pour gains en capital relative à une action admissible de petite entreprise.

Elle comporte cependant diverses embûches : la constitution d'une nouvelle société; l'impossibilité pour l'auteur du gel de procéder à la matérialisation de sa déduction pour gains en capital; la vente des éléments d'actifs qui pourra soulever plusieurs points auxquels l'auteur et ses conseillers devront s'attaquer comme l'application possible des taxes à la consommation et les règles sur les droits de mutation. Ces points, jumelés à la rédaction plus complexe de la documentation de transfert, engendreront des coûts supplémentaires importants.

3. REVUE DU GEL SUCCESSORAL DE PROVISIONS RÉALISÉ EN 1985

3.1. TECHNIQUE UTILISÉE : SANS CONTRÔLE DE LA CROISSANCE FUTURE

Le gel de 1985 a été réalisé au moyen d'un échange d'actions ordinaires contre des actions privilégiées de gel. À cette époque, puisque les actions ordinaires ne comportaient pas de droit d'échange²⁵, le gel avait été fait en prenant avantage de l'article 85 L.I.R. et en fixant, comme somme convenue, le montant de la souscription initiale de 1 000 \$ desdites actions. Les actions de contrepartie étaient des actions ne comportant pas de droit de vote. Elles étaient toutefois rachetables au gré de son détenteur, soit Émilie L'Improvise, tel que les autorités fiscales l'exigent.

Concurremment à cet échange d'actions, les nouveaux actionnaires ont tous directement, sauf un, souscrit à de nouvelles actions ordinaires, c'est-à-dire des actions participantes en tout temps et votantes. Dans le cas du fils Roc, vu sa minorité à la date du gel, son père avait participé à la souscription

²⁵ Tel que l'obligeait l'article 51 L.I.R. antérieur au 21 décembre 1992.

pour et au bénéfice de celui-ci et, à la majorité de ce fils, il avait tout simplement effectué une « cession-ratification », lui cédant tous les droits qu'il pouvait prétendre avoir dans les actions ainsi souscrites en faveur de Roc Latendresse.

3.1.1. La technique de gel n'est pas la cause

On réalise que cette technique, à l'instar des autres techniques vues ci-dessus, n'a pas la qualité d'assurer en soi un contrôle sur la croissance future.

i) Danger à l'égard des conjoints

La croissance peut aussi profiter aux conjoints des nouveaux actionnaires en raison du fait que les souscriptions sont souvent réalisées à même des sommes personnelles des souscripteurs qui peuvent elles-mêmes être des biens qualifiés « d'acquêts »²⁶. À l'occasion d'un tel gel, il est intéressant d'envisager une souscription initiale par l'auteur du gel suivie d'un don par l'auteur du gel en faveur de ses enfants et autres bénéficiaires du gel. De cette façon, non seulement le capital que représentent les actions peut être donné à titre de bien « propre »²⁷, mais les revenus²⁸ de ces actions pourront eux aussi être stipulés de biens « propres » au sens des dispositions concernées du *Code civil du Québec*, et ce, pour certaines circonstances seulement²⁹.

²⁶ Selon le sens donné par l'article 448 C.c.Q. Il est à noter que le caractère de bien propre est automatique en matière de bien reçu à l'occasion d'une donation, en vertu de l'article 450(2^o) C.c.Q.

²⁷ *Id.*

²⁸ Si le souscripteur se marie ou s'unit légalement après la souscription, les revenus, même s'ils sont qualifiés de biens « propres », seront des biens acquêts après le mariage ou l'union, à moins qu'un contrat de mariage ou d'union civile ne soit signé avant et ne stipule expressément que les revenus des actions seront des biens propres (art. 449 C.c.Q.). Il y a donc toujours un danger pour l'enfant non marié ou uni à ce que les revenus des actions soient des biens acquêts, de même que pour les biens acquis en remplacement.

²⁹ La croissance des actions constituera du capital et non des revenus en soi. La règle applicable à ce capital sera identique à la qualification des biens acquêts ou propres quant aux actions elles-mêmes (art. 909, al. 1 C.c.Q.). En cas de rachat des actions ou de liquidation de la société, il y a lieu de croire que tout le produit du rachat ou le produit de la liquidation de la société constituera du capital (art. 910, al. 3 C.c.Q.).

ii) Danger à l'égard du patrimoine individuel d'un individu

La croissance de la valeur des actions entre les mains des individus, membres de la famille, entraîne des problèmes éventuels dont le gel avait pour but de contourner ou d'éviter.

En l'occurrence, on constate que :

- chaque bénéficiaire profite de la croissance sans que l'auteur du gel ne puisse faire quoi que ce soit;
- les troubles financiers d'un des bénéficiaires peuvent mettre en danger l'équilibre de la société visée, voire les partenaires de ce gel;
- il apparaît impossible à l'auteur du gel de retirer la valeur acquise entre les mains des bénéficiaires sans leur consentement;
- les aléas rattachés au comportement de chaque bénéficiaire peuvent causer bien des soucis à l'auteur du gel et à la société concernée;
- le décès d'un enfant bénéficiaire du gel fera réaliser l'imposition de la croissance sans report de l'impôt³⁰. On se souviendra que le gel avait pour but de reporter cet impôt sur la tête de la génération suivante, voire sur celle des petits-enfants dans certains cas. Cet impôt devient en quelque sorte un inévitable inconvénient dont il faut s'assurer, de toute évidence, d'en contrôler l'arrivée³¹.

Ces inconvénients reposent essentiellement sur l'importance du contrôle de la croissance postgel de la valeur des actions participantes souscrites directement par les bénéficiaires. Ainsi, on constate que, dans la plupart des cas, les aléas présentés tirent leur origine dans la détention directe rattachée à la souscription personnelle plutôt qu'à une souscription « contrôlée ». On

³⁰ La seule façon de permettre un report est de léguer les actions à un conjoint (au sens fiscal, un époux, une épouse ou un conjoint de fait, tel que prévu à la définition de cette expression au paragraphe 248(1) L.I.R.) ou, encore, à une fiducie au bénéfice exclusif d'une telle personne, suivant les règles de l'article 70 L.I.R. La seule autre exception à la règle de disposition présumée du décès demeure celle entourant les « actions du capital-actions d'une société agricole familiale » prévue aux paragraphes 70(9.2) et 70(10) L.I.R.

³¹ Bien entendu, le recours à la déduction pour gains en capital de 500 000 \$ de l'article 110.6 L.I.R. pourra être un atténuant important.

multiplie ainsi les inconvénients potentiels par chaque bénéficiaire du gel. On réalise aussi qu'aucun renversement ne pourra valablement être fait sans un certain consensus, tel qu'il sera exposé ci-après. Il y a donc lieu d'envisager de faire un gel tout en ne mettant pas les actions participantes souscrites entre les mains des bénéficiaires du gel.

3.2. LES PALLIATIFS AUX ALÉAS DE LA TECHNIQUE DE SOUSCRIPTION PERSONNELLE

À l'instar de la plupart des techniques de gel successoral, l'auteur a un net avantage à « contrôler » la croissance future des actions ou de la société même.

3.2.1. Le contrôle indirect

Il existe très peu de techniques qui pourront, dans une certaine mesure, limiter les inconvénients présentés.

i) L'option sur les actions participantes souscrites

Il est possible d'envisager de consentir des options fermes de rachat ou d'achat par la société ou certains de ses actionnaires à un prix prédéterminé sur les actions participantes souscrites à l'occasion du gel.

Ces options, bien que valables sur le plan juridique, pourront occasionner de sérieux problèmes fiscaux rattachés au fait que les actionnaires concernés seront généralement des membres de la même famille ainsi liés entre eux³². Si le prix de l'option diffère, au moment de la levée de l'option, de la JVM des actions concernées, cet exercice entraînera l'application de l'article 69 L.I.R. pour l'actionnaire qui en dispose et sera sans ajustement possible pour celui qui acquiert les actions. Il en résulte alors une double imposition éventuelle inévitable.

Par ailleurs, d'autres problèmes peuvent résulter d'une telle option. En effet, les actions issues du gel (tant celles privilégiées qu'ordinaires) pourront ne pas être des « actions prescrites » au sens de l'article 6205 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*³³. Les actions seront alors assujetties à un

³² Par. 251(1) et 251(2) L.I.R.

³³ C.R.C., 1978, c. 945 et mod. (ci-après « R.I.R. »). Aux termes du paragraphe 6205(2) R.I.R., la situation de gel est prévue pour faire en sorte que, normalement, les actions de gel (de toutes catégories) soient ainsi reconnues comme actions prescrites.
(à suivre...)

versement minimum de dividende au taux exigé³⁴, à défaut de quoi la mesure antiévitement du paragraphe 110.6(8) L.I.R. pourra être appliquée par les autorités fiscales à l'occasion de la disposition des actions émises lors du gel. Comme l'option a pour but de « contrôler » la croissance, il y a fort à parier que la valeur « d'option » sera inférieure à la JVM des actions.

ii) Le dividende en actions

Comme nous l'avons vu précédemment, le versement d'un important dividende en actions aura pour effet de diminuer de façon sensible la valeur des actions participantes souscrites à l'occasion du gel. Nous vous référons à nos commentaires qui précèdent sur les aléas de cette technique.

iii) Le renversement d'un gel classique

À l'occasion du gel de 1985, il aurait aussi été possible d'y aller avec un gel classique pour freiner, plus facilement, la croissance future, au moment donné, de la valeur des actions participantes.

Le transfert des actions ordinaires détenues par Émilie L'Improvisée en faveur d'une société de gestion où les nouveaux actionnaires auraient souscrit à de nouvelles actions participantes pourrait se « geler » de nouveau en procédant à un gel successoral entre la société de gestion et la société opérante. Ce deuxième gel permettrait ainsi de limiter la croissance future entre les mains des actionnaires de la société de gestion au profit des nouveaux actionnaires au sein de la société opérante.

Il est ainsi possible de contrôler, sans être obligé d'obtenir le consentement des bénéficiaires du gel, la croissance des actions ordinaires initialement souscrites lorsqu'elles ont atteint une certaine valeur. Puisque Émilie détiendrait le contrôle de la société de gestion, cette dernière pourrait favorablement, par l'intermédiaire de son administration unique, réaliser les opérations de ce deuxième gel.

(...suite)

Toutefois, le fait qu'une personne ait la capacité de les racheter en dessous de la JVM fera en sorte de disqualifier toutes les actions issues du gel à titre d'actions prescrites.

³⁴ Voir à cet effet le paragraphe 110.6(9) L.I.R. où, pour ne pas que la déduction soit refusée, le taux de dividende à recevoir devra correspondre à un « taux de rendement annuel moyen » qu'un investisseur avisé et prudent s'attendrait à recevoir, et ce, aux conditions qui y sont prévues.

Par contre, bien qu'on soit en présence d'une situation où l'on peut aisément faire le gel pour l'avenir, il appert que la valeur acquise au sein de la société de gestion en cause ne pourra pas être retirée, au détriment des enfants qui sont actionnaires de la société de gestion. Aussi, le gel ne pourra être réalisé en deçà de la JVM des actions ordinaires détenues par la société de gestion puisqu'un avantage imposable pourra résulter de ce deuxième gel³⁵.

3.2.2. La souscription « en fiducie discrétionnaire »

La souscription réalisée par une fiducie personnelle privée a connu un essor très important au cours des 20 dernières années. En effet, une pareille souscription pourra contourner bon nombre des problèmes et inconvénients liés à la souscription personnelle et directe, et qui ressortent des faits de la présente affaire. Comme nous recommandons cette possibilité pour la solution finale du règlement de ce dossier, nous vous référerons à nos commentaires à cet égard à la section 6. de la présente étude.

3.3. REVUE DE LA SITUATION ACTUELLE APRÈS BIENTÔT 20 ANS DE GEL

La situation actuelle entourant les Latendresse est en soi inquiétante et désarmante. Pourtant, nous croyons qu'une pareille situation peut parfaitement représenter plusieurs situations familiales où un gel antérieur a été réalisé de bonne foi mais sans trop d'organisation et sans trop se soucier de ses conséquences. Nous y retrouvons plusieurs problèmes humains, juridiques, fiscaux et autres qui peuvent, dans une certaine mesure, compromettre tout le groupe corporatif des clients.

Réalisons maintenant une revue sommaire des problèmes et des circonstances du gel de 1985 qui ont mené à la présente situation.

3.3.1. Les problèmes humains – La transparence

Il est clair que le gel réalisé en 1985 n'a pas été fait dans un contexte qui aurait requis une planification saine avec un horizon de 10 à 15 ans.

³⁵ En vertu du paragraphe 51(2) et de l'alinéa 85(1)e.2) L.I.R., il est prévu une règle avec la même portée qui oblige que la contrepartie issue du gel soit correspondante à la JVM des actions échangées. À défaut de quoi, un avantage imposable peut être cotisé par les autorités fiscales entre les mains de la société de gestion qui est l'auteur du transfert et de ce dernier gel.

Ce gel a été fait sans que son auteur n'assure, dans un premier temps, une transparence des sociétés concernées à l'égard de tous les bénéficiaires de 1985. Il a été fait alors que la destinée n'était ni assurée ni connue ou encore prévisible. Il a été réalisé dans un but uniquement fiscal pour limiter l'impact des droits successoraux et de l'imposition au décès³⁶.

Ainsi, on constate que le gel a un impact sur la transparence des affaires des sociétés. Les actionnaires doivent être au courant de leur investissement lorsqu'ils souscrivent eux-mêmes aux actions. Lorsque la souscription est sous forme d'une participation discrétionnaire d'une fiducie, on peut se questionner si le droit de surveillance de l'article 1287 C.c.Q. obligerait les fiduciaires à dévoiler les états financiers remis à la fiducie à l'occasion des assemblées annuelles de la société en cause. En soi, le droit de surveillance existe pour assurer une vue de la bonne gestion du patrimoine fiduciaire mais non des sociétés dans lesquelles la fiducie a souscrit. On pourrait croire que ce droit ne va pas jusqu'à revendiquer les états financiers des sociétés concernées mais se limite à une seule obligation de divulguer l'état du placement de la fiducie dans les sociétés concernées.

Par ailleurs, il est important de réaliser à quel point la situation se complique lorsque seulement quelques bénéficiaires du gel de 1985 ont pris une participation importante dans l'entreprise. Cette situation a donc, tranquillement mais sûrement, entraîné l'appropriation du pouvoir par les enfants Josiane et Guy au point où ces derniers ont ni plus ni moins pris le contrôle de Provisions et désirent maintenant que ce contrôle s'étende à la plus-value future de celle-ci.

De son côté, Émilie les laisse faire et se préoccupe davantage de sa retraite éventuelle en désirant s'approprier une partie du groupe corporatif.

Il apparaît donc très important d'équilibrer le pouvoir de la gestion et les intérêts financiers que représentent les actions des autres bénéficiaires qui ne participent pas à l'entreprise.

Il aurait fallu, dès le départ, dissocier les participations des actionnaires passifs au sein d'une société de croissance qui ne détient qu'une partie des éléments d'actifs ou encore, faire un gel en planifiant que la relève n'est pas encore établie ou choisie et se donner la possibilité de faire ce choix sans

³⁶ À ce moment, l'arrivée de l'exonération du gain en capital n'était que progressive et tous les fiscalistes craignaient qu'elle ne soit abolie. L'avenir leur donnera une demi-vérité.

créer, ni plus ni moins, des actionnaires « minoritaires » qui, aujourd'hui, se retrouvent dans une situation problématique et très frustrante.

Devant ce constat, peut-être que la solution sera d'aller chercher une transaction ou une solution de compromis? C'est ce que nous explorerons à la section 6. de notre solution de cas.

3.3.2. Le problème de l'équité familiale et de la gestion de Provisions par une partie de la famille

Nous analyserons dans la section 4. qui suit le droit des actionnaires minoritaires face à leur investissement personnel.

Qu'il nous soit permis de mentionner, à présent, que la situation risque de dégénérer si une approche de médiation n'est pas envisagée.

Quoiqu'il soit décidé, la croissance acquise entre les mains des actionnaires, que ce soit les minoritaires ou les majoritaires, ne peut produire d'opérations qui ne tiennent pas compte de cette réalité. Par surcroît, nous avons une situation familiale qui peut toujours être sauvée.

Devant ce constat, si le gel avait été réalisé au sein d'une fiducie de croissance, Émilie aurait été en mesure de mieux gérer de tels problèmes...

D'une part, elle aurait pu réaliser le retrait d'une partie de ses actifs contre sa participation ou une participation que la fiducie lui aurait attribuée. D'autre part, elle aurait pu aisément, toujours avec le concours des fiduciaires, réaliser une division de groupe corporatif pour permettre un équilibre financier, proportionnel ou disproportionnel, entre les membres de sa famille, tout en assurant à Josiane et Guy la destinée de Provisions. Bref, elle aurait orchestré une division des intérêts, si tel avait été son souhait, dans le respect de ses enfants et de leurs intérêts respectifs.

Nous aimerions mentionner qu'il n'est pas rare de voir un partage inégal du groupe corporatif. La situation doit être regardée avec minutie pour ne pas léser les actionnaires-« dirigeants » et ceux qui sont exclus de l'administration ou d'une implication au sein de la société. Souvent, il est préférable de faire un partage inégal pour éviter des conflits entre les enfants. Il faut donc tenter de départager les choses et établir une ligne directrice en se fondant sur chaque situation. Il faut tenir compte de la planification de la relève mais aussi du partage familial tout en ne faisant pas de ce dernier élément l'objectif ultime.

4. DROITS ET RECOURS DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES

4.1. RAPPEL THÉORIQUE

Cette section a pour objet d'énoncer et d'expliquer certains principes généraux en matière de droits et recours des actionnaires minoritaires au cas pratique.

4.2. LA RÈGLE DE LA MAJORITÉ

À la lumière de la règle de la majorité énoncée dans l'arrêt *Foss c. Harbottle*³⁷, les tribunaux refusent en principe d'intervenir dans les affaires internes d'une société (telles que la vente ou la location de l'entreprise de la société ou l'expansion des affaires de la société dans d'autres pays) lorsque ces transactions et opérations sont ratifiées par la majorité des actionnaires. Cependant, la jurisprudence et la législation, tant canadiennes que québécoises, ont apporté des limites quant aux actes que les actionnaires majoritaires d'une société peuvent approuver.

Rappelons que la politique non interventionniste des tribunaux est basée sur la règle susdite qui prévoit que les actionnaires n'ont, à titre individuel, aucune cause d'action en droit pour le préjudice causé à la société et que, si une action doit être intentée pour les pertes en raison de ce préjudice, elle doit l'être soit par la société même, par l'entremise de la direction, soit par voie d'action oblique.

En plus, la minorité ne peut reprocher à la majorité de manquer à des devoirs de loyauté et de bonne foi vis-à-vis de la société. En effet, le vote de chaque actionnaire constitue pour lui une partie de son droit de propriété qu'il peut exercer dans son propre intérêt et son propre intérêt n'est pas nécessairement celui de la société.

4.3. DROITS DES ACTIONNAIRES

De prime abord, il est important de souligner que les actionnaires ont le droit d'avoir accès aux informations portant sur l'administration de la société. À cet égard, les actionnaires bénéficient de trois droits distincts : i) droit de consulter les livres de la société; ii) droit de recevoir des rapports des administrateurs; et iii) droit de faire inspecter les affaires de la société.

³⁷ [1843] 2 Hare 461, 67 E.R. 189, réitéré en droit canadien et québécois notamment dans *Hercules Management Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165.

4.3.1. Droit de consulter les livres de la société

Les actionnaires ont le droit de consulter et de faire des extraits de tous les livres et registres de la société, sauf ceux qui concernent l'administration et les opérations de la société. Cependant, les livres des procès-verbaux, les résolutions des administrateurs et les livres de comptabilité ne sont pas ouverts à l'examen (art. 106 et 123.114 de la *Loi sur les compagnies* du Québec³⁸; par. 20(4) et 21(1) L.C.S.A.).

4.3.2. Droit aux états financiers et aux rapports des administrateurs

Au moins une fois par année, les administrateurs sont tenus de fournir aux actionnaires, lors de l'assemblée annuelle, des renseignements concernant la situation financière de la société (art. 98 L.C.Q. et art. 155 L.C.S.A.).

Par ailleurs, les administrateurs sont tenus de soumettre aux actionnaires, à cette même assemblée annuelle, un bilan et un relevé général des recettes et dépenses pour l'année écoulée (al. 98(2)a) et 98(2)b) L.C.Q. et al. 155(1)a) L.C.S.A.). Ce bilan et ce relevé des recettes et dépenses sont vérifiés par un vérificateur des comptes de la société, nommé chaque année par les actionnaires, et ce dernier présente son rapport aux actionnaires en même temps que les administrateurs leur présentent le bilan (al. 98(2)c) L.C.Q. et al. 155(1)b) L.C.S.A.). Il est à noter que le vérificateur a accès à tous les livres de la société et les administrateurs doivent lui fournir tous les renseignements qu'il demande (par. 114(1) L.C.Q.; art. 170 et par. 171(6) L.C.S.A.).

Au provincial, tout actionnaire peut également obtenir une copie du bilan et du rapport des vérificateurs, moyennant le paiement d'un honoraire (par. 114(4) et art. 122 L.C.Q.). L'actionnaire peut également forcer la compagnie à lui fournir ses états financiers par le biais d'une procédure en *mandamus* et il a droit à des états financiers même si la compagnie n'en a jamais eus et même si les frais de vérification excèdent la valeur de ses actions.

Au niveau fédéral, les actionnaires n'ont même pas besoin de demander les états financiers annuels de la société ni de payer d'honoraires pour les recevoir. En vertu de l'article 159 L.C.S.A., la société est obligée d'expédier

³⁸ L.R.Q., c. C-38 (ci-après « L.C.Q. »).

ses états financiers, au moins 21 jours avant la date de l'assemblée annuelle, à tous ses actionnaires, sauf à ceux qui l'ont informée par écrit de leur désir de ne pas les recevoir.

Au Québec, une compagnie mère n'est pas tenue de montrer à ses actionnaires les états financiers de ses filiales. Au fédéral, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* exige que la société conserve à son siège social un exemplaire des états financiers de chacune de ses filiales et de chaque société dont les comptes sont consolidés dans ses propres états financiers, et qu'elle permette à ses actionnaires de les examiner gratuitement et d'en tirer copie pendant les heures normales d'ouverture des bureaux. Cependant, en vertu de l'article 157 L.C.S.A., la société peut obtenir d'un tribunal une ordonnance interdisant un tel examen s'il existe un risque de préjudice à elle-même ou à sa filiale.

Il est à noter que, dans certaines circonstances, le fait pour les administrateurs de refuser de fournir aux actionnaires des renseignements portant sur la situation financière de la société peut servir de motif à une demande de liquidation judiciaire de celle-ci pour motif de manque de confiance dans l'administration.

4.3.3. Droit de faire inspecter les affaires de la société

L'inspection des affaires de la compagnie peut se faire, au provincial, soit par des inspecteurs nommés par l'Inspecteur général, soit par des inspecteurs nommés par résolution des actionnaires (art. 110 et 111 L.C.Q.). Quant aux sociétés fédérales, elle se fait par des inspecteurs nommés par un tribunal (art. 229 et suiv. L.C.S.A.).

4.4. DROITS DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES

4.4.1. Le régime fédéral : *Loi canadienne sur les sociétés par actions*

La création par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* de recours en faveur des actionnaires minoritaires a eu essentiellement pour objectif de s'assurer que les intérêts de ces derniers soient pris en compte par les instances dirigeantes de la société.

i) L'approbation de la majorité suivant la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*

Tout d'abord, il est important de souligner que le paragraphe 242(1) L.C.S.A. écarte l'application de la règle de la majorité de la manière suivante :

« Les demandes, actions ou interventions visées à la présente partie [articles 238 à 252] ne peuvent être suspendues ni rejetées pour le seul motif qu'il est prouvé que les actionnaires ont approuvé, ou peuvent approuver, la prétendue inexécution d'obligations envers la société ou sa filiale [...] »

L'article précise toutefois que les tribunaux peuvent tenir compte de la preuve de cette approbation par les actionnaires lorsqu'elle rend son ordonnance. En effet, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* fait de l'approbation par la majorité une simple question de preuve et force le tribunal à examiner les véritables questions au-delà de la structure constitutionnelle de la société.

ii) L'action dérivée

En vertu de l'article 239 L.C.S.A., un actionnaire (ou un administrateur, un dirigeant, un tiers autorisé ou le directeur lui-même) peut demander à la Cour supérieure l'autorisation d'intenter une action au nom et pour le compte d'une société ou d'intervenir dans une action à laquelle la société est partie, afin de poursuivre cette action ou d'y mettre fin. La Cour peut rendre une ordonnance dans le sens voulu par l'actionnaire si celui-ci établit à sa satisfaction qu'il a avisé les administrateurs de la société de son intention d'intenter une action dérivée et qu'ils n'ont pas agi dans le sens voulu, qu'il agit de bonne foi et qu'il semble être de l'intérêt de la société que l'ordonnance soit rendue. À l'occasion d'une action dérivée, la Cour peut rendre toute ordonnance qu'elle juge pertinente.

iii) Le recours en cas d'abus ou d'oppression

A) Le plaignant

Le recours prévu à l'article 241 L.C.S.A. peut être intenté par tout « plaignant ». Suivant l'article 238 L.C.S.A., cette expression vise notamment tout actionnaire ou toute autre personne qui, d'après un tribunal, a la qualité pour présenter les demandes visées. Cette expression vise également les actionnaires de « personnes morales du même groupe » que la société, soit la mère, la filiale, la sous-filiale et les sœurs, même non régies par la loi fédérale.

B) L'article 241 L.C.S.A.

Le recours de l'article 241 L.C.S.A. est un recours d'équité devant être exercé sous la surveillance du tribunal, qui ne doit pas perdre de vue la protection des intérêts de toutes les parties en cause. En effet, la Cour, aux termes des dispositions de la loi fédérale, s'est vue conférer un large éventail de recours lui permettant de corriger les situations inéquitables que pourraient subir les actionnaires minoritaires d'une société. Plus particulièrement et de manière non limitative, il serait possible à un actionnaire de demander à un tribunal de rendre l'une ou l'autre des ordonnances prévues à l'article 241 L.C.S.A. citées ci-après :

« **241. (1) [Demande en cas d'abus]** Tout plaignant peut demander au tribunal de rendre les ordonnances visées au présent article.

(2) **[Motifs]** Le tribunal, saisi d'une demande visée au paragraphe (1), peut, par ordonnance, redresser la situation provoquée par la société ou l'une des personnes morales de son groupe qui, à son avis, abuse des droits des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants, ou porte atteinte à leurs intérêts ou n'en tient pas compte :

- a) soit en raison de son comportement;
- b) soit par la façon dont elle conduit ses affaires tant commerciales qu'internes;
- c) soit par la façon dont ses administrateurs exercent ou ont exercé leurs pouvoirs.

(3) **[Pouvoirs du tribunal]** Le tribunal peut, en donnant suite aux demandes visées au présent article, rendre les ordonnances provisoires ou définitives qu'il estime pertinentes pour, notamment :

- a) empêcher le comportement contesté;
- b) nommer un séquestre ou un séquestre-gérant;
- c) régler les affaires internes de la société en modifiant les statuts ou les règlements administratifs ou en établissant ou en modifiant une convention unanime des actionnaires;
- d) prescrire l'émission ou l'échange de valeurs mobilières;
- e) faire des nominations au conseil d'administration, soit pour remplacer tous les administrateurs en fonctions ou certains d'entre eux, soit pour en augmenter le nombre;

- f) enjoindre à la société, sous réserve du paragraphe (6), ou à toute autre personne, d'acheter des valeurs mobilières d'un détenteur;
- g) enjoindre à la société, sous réserve du paragraphe (6), ou à toute autre personne, de rembourser aux détenteurs une partie des fonds qu'ils ont versés pour leurs valeurs mobilières;
- h) modifier les clauses d'une opération ou d'un contrat auxquelles la société est partie ou de les résilier, avec indemnisation de la société ou des autres parties;
- i) enjoindre à la société de lui fournir, ainsi qu'à tout intéressé, dans le délai prescrit, ses états financiers en la forme exigée à l'article 155, ou de rendre compte en telle autre forme qu'il peut fixer;
- j) indemniser les personnes qui ont subi un préjudice;
- k) prescrire la rectification des registres ou autres livres de la société, conformément à l'article 243;
- l) prononcer la liquidation et la dissolution de la société;
- m) prescrire la tenue d'une enquête conformément à la partie XIX;
- n) soumettre en justice toute question litigieuse.

(4) **[Devoir des administrateurs]** Dans les cas où l'ordonnance rendue en vertu du présent article ordonne des modifications aux statuts ou aux règlements administratifs de la société :

- a) les administrateurs doivent se conformer sans délai au paragraphe 191(4);
- b) toute autre modification des statuts ou des règlements administratifs ne peut se faire qu'avec l'autorisation du tribunal, sous réserve de toute autre décision judiciaire.

(5) **[Exclusion]** Les actionnaires ne peuvent, à l'occasion d'une modification des statuts faite conformément au présent article, faire valoir leur dissidence en vertu de l'article 190.

(6) **[Limitation]** La société ne peut effectuer aucun paiement à un actionnaire en vertu des alinéas (3)f) ou g) s'il existe des motifs raisonnables de croire que :

- a) ou bien elle ne peut, ou ne pourrait de ce fait, acquitter son passif à échéance;
- b) ou bien la valeur de réalisation de son actif serait, de ce fait, inférieure à son passif.

(7) [Choix] Le plaignant, agissant en vertu du présent article, peut, à son choix, demander au tribunal de rendre l'ordonnance prévue à l'article 214. »

C) Les considérations

Avant d'exercer son pouvoir découlant de l'article 241 L.C.S.A., le juge aura à décider s'il y a en l'instance une situation d'oppression. Les quatre conditions de fonds du recours en matière d'oppression sont les suivantes³⁹ :

- la qualité du plaignant;
- une situation provoquée par la société ou par la façon dont un administrateur exerce ses pouvoirs;
- un abus des droits des détenteurs de valeurs mobilières, des créanciers, administrateurs ou dirigeants, ou une atteinte à leurs intérêts ou le défaut d'en tenir compte; et
- un abus ou une atteinte réalisé de l'une ou l'autre des façons énumérées aux alinéas a, b et c de l'article 241 L.C.S.A.

L'article 241 L.C.S.A. vise à sauvegarder les « intérêts » du plaignant et non exclusivement ses « droits »⁴⁰. Ainsi, l'atteinte aux droits ou l'ignorance des droits des opprimés dont traite l'article 241 L.C.S.A. n'a pas à être qualifiée d'illégale ou de frauduleuse pour que l'oppression soit constatée. La conduite reprochée doit impliquer « a visible departure from the standards of fair dealing and a violation of the conditions of fair play »⁴¹.

Le point de vue de la majorité, l'historique, la nature, la grosseur et la structure de la compagnie, le type des droits affectés, la pratique corporative générale, la nature de la relation entre l'auteur de l'oppression et le plaignant, et la prévisibilité de la conduite reprochée sont des critères utilisés par les tribunaux afin d'évaluer si une situation en est une d'oppression au sens de l'article 241 L.C.S.A.⁴²

³⁹ *Cogeco Câble inc. c. CFCF inc.*, [1996] R.J.Q. 1360 (C.S.).

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Elder v. Elder & Watson Ltd.*, [1952] Sess. Cas. 49 (Scotland Ct. Sess.).

⁴² *Westfair Foods Ltd. c. Watt*, [1990] 4 W.W.R. 685 (Alta Q.B.).

Mais il faut également tenir compte d'une valeur dégagée par la jurisprudence, c'est-à-dire les « attentes sous-jacentes » (*underlying expectations*) des parties dans les petites entreprises. Ces attentes font partie des « intérêts » du plaignant qu'il faut sauvegarder.

Notons que dans l'arrêt *Arthur c. Signum Communications Ltd.*⁴³, le tribunal a également énoncé six indices d'une conduite susceptible d'être identifiée comme oppressive :

- l'absence d'un but corporatif valide pour la transaction;
- le défaut de la part de la société et de ses actionnaires dominants de prendre les mesures nécessaires pour stimuler une transaction « à distance »;
- le manque de bonne foi de la part des administrateurs de la société;
- la discrimination entre les actionnaires, ayant pour effet de favoriser l'actionnaire majoritaire à l'exclusion ou au détriment de l'actionnaire minoritaire;
- le manque de divulgation adéquate et appropriée d'information importante; et
- un plan ou un dessein d'éliminer l'actionnaire minoritaire.

D) Le cumul des recours

Un actionnaire peut, selon les circonstances, cumuler le recours selon l'article 241 L.C.S.A. avec une demande d'enquête prévue à l'article 229 L.C.S.A., une demande de rectification des registres (art. 243 L.C.S.A.), une demande de se conformer à la loi, aux statuts, aux règlements ou à une convention unanime (art. 247 L.C.S.A.), ou même, à une action dérivée (art. 240 L.C.S.A.). Dans ce dernier cas, il est possible de demander, à même le recours de l'article 241 L.C.S.A., une ordonnance de restitution de biens à la société.

Enfin, un actionnaire peut également cumuler le recours selon l'article 241 L.C.S.A. avec une demande de liquidation judiciaire selon

⁴³ [1991] O.J. n° 86 (C. Ont. Div. Gén.).

l'article 214 L.C.S.A. En l'absence des motifs énoncés au paragraphe 241(2) L.C.S.A., il sera possible d'obtenir une ordonnance en vertu du paragraphe 241(3) L.C.S.A. en invoquant des motifs « justes et équitables » comme le prévoit le sous-alinéa 214(2)b)(ii) L.C.S.A. Les tribunaux sont réticents à liquider les sociétés et préfèrent des solutions moins radicales, ce qui augmente les chances d'obtenir une ordonnance selon le paragraphe 241(3) L.C.S.A. L'interrelation des articles 214 et 241 L.C.S.A. peut, enfin, permettre au tribunal d'ordonner l'achat forcé des actions de l'actionnaire minoritaire plutôt que d'ordonner la liquidation de la société.

Il est également à souligner qu'en principe, ces recours en oppression sont introduits par un véhicule procédural similaire aux injonctions, ce qui permet notamment de demander l'octroi d'ordonnances intérimaires, qu'elles soient de sauvegarde, provisoires ou interlocutoires. Ces ordonnances ont pour objet de protéger pendant l'instance les droits des parties et d'éviter de créer une situation de droit ou de fait qui ne peut être corrigée par un jugement final à intervenir au terme de l'action.

Les recours en oppression, une fois institués, constituent dans la majorité des cas un moyen efficace permettant de rapprocher les parties et de trouver une solution commerciale à la fois pratique et équitable afin de régler leur différend.

iv) La liquidation forcée de la société

La liquidation d'une personne morale est une mesure extrême, à la disposition d'un actionnaire minoritaire, afin de terminer les opérations d'une société, de réaliser son actif et de distribuer les fruits de cette réalisation, d'abord aux créanciers, et ensuite aux actionnaires, selon leurs droits et privilèges.

La dissolution d'une société fédérale peut être ordonnée par un tribunal, à la demande de « tout intéressé », sur avis au directeur, dans les cas énoncés à l'article 213 L.C.S.A. Essentiellement, les circonstances prévues relèvent essentiellement du non-respect des dispositions spécifiques de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

Seul un actionnaire peut, en vertu de l'article 214 L.C.S.A., demander au tribunal la liquidation de la société pour les motifs suivants :

- 1) la société ou toute autre société de son groupe, ou sa direction, a posé un acte, conduit ses affaires ou exercé ses pouvoirs de façon à abuser des

droits des actionnaires, des créanciers, des administrateurs ou des dirigeants, ou de façon à leur porter atteinte ou sans tenir compte de leurs intérêts (al. 214(1)a L.C.S.A.);

- 2) une convention unanime des actionnaires permet à un actionnaire mécontent d'exiger la dissolution de la société advenant la survenance d'un événement, et cet événement est survenu (s.-al. 214(1)b)(i) L.C.S.A.); ou
- 3) il est « juste et équitable » que la société soit liquidée et dissoute (s.-al. 214(1)b)(ii) L.C.S.A.).

Comme nous allons noter ci-après, le recours en liquidation de l'article 214 L.C.S.A. a été rendu plus facile que celui prévu à la *Loi sur la liquidation des compagnies*⁴⁴ en raison de l'énumération de motifs spécifiques à l'alinéa 214(1)a) et au sous-alinéa 214(1)b)(i) L.C.S.A.

Le tribunal qui est saisi d'une demande de liquidation en vertu de l'article 214 L.C.S.A. peut rendre « toute ordonnance qu'il estime pertinente », y compris celles énumérées aux articles 216, 217 et 241 L.C.S.A. (par. 214(2) L.C.S.A.). Ces ordonnances peuvent être provisoires ou définitives; le tribunal peut, par exemple, suspendre provisoirement les pouvoirs du conseil d'administration et nommer un séquestre-gérant à la société, ou encore choisir, au lieu de prononcer la liquidation de la société, de faire évaluer les actions de l'actionnaire demandeur et d'obliger la société ou les autres actionnaires à acheter ces actions.

Le tribunal bénéficie donc d'une grande latitude. En effet, l'interrelation des articles 214 et 241 L.C.S.A. permet au tribunal d'appliquer des solutions équitables au litige plutôt que d'ordonner purement et simplement la liquidation de la société, remède jugé trop draconien. Même si les faits qui lui sont rapportés pourraient justifier une ordonnance de liquidation, la Cour peut, par exemple, ordonner l'achat des actions d'une partie par l'autre ou par la société, ou encore ordonner la présentation d'offres d'achat entre les parties, puis à des tiers, pendant un certain temps, avant que l'ordonnance de liquidation n'entre en vigueur.

⁴⁴ L.R.Q., c. L-4 et mod.

v) L'enquête

L'article 229 L.C.S.A. prévoit la tenue d'une enquête des affaires de la société à la demande d'un actionnaire faite à un tribunal. Cette disposition est plus large que son pendant québécois (art. 110 L.C.Q.). En effet, elle n'exige pas de cautionnement et permet ce recours à tout actionnaire, sans limitation quant au nombre ou au type d'action détenue.

Les motifs donnant ouverture à la demande d'enquête sont clairement énoncés au paragraphe 229(2) L.C.S.A. : il s'agit en fait d'établir qu'il y a eu fraude ou malhonnêteté dans la société, ou du moins qu'une administration a abusé des droits du plaignant, a porté atteinte à ses intérêts ou n'en a pas tenu compte, ou encore que la société a été constituée ou dissoute dans un but frauduleux ou illégal.

L'enquête ne vise pas à déterminer des droits mais à aider le tribunal à rendre les ordonnances appropriées lorsque le plaignant a établi *prima facie* l'existence d'une « oppression » ou d'une fraude.

L'enquête peut porter sur la société ou sur « toute société du même groupe ». Seules les sociétés régies par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* sont donc sujettes à inspection.

Si le tribunal considère que l'un ou l'autre des motifs énoncés au paragraphe 229(2) L.C.S.A. « lui paraît établi », il peut rendre « toute ordonnance qu'il estime pertinente », notamment celles énumérées au paragraphe 230(1) L.C.S.A. Il peut donc ordonner de procéder à l'enquête, nommer l'inspecteur (qui peut être le directeur) et fixer sa rémunération, enjoindre à la société de payer les frais de l'enquête et fixer les pouvoirs de l'inspecteur.

vi) L'ordonnance en cas d'inobservation

L'article 247 L.C.S.A. permet à l'actionnaire minoritaire, ainsi qu'à tout « plaignant » et créancier de la société, en cas d'inobservation de la loi, de ses règlements d'application, des statuts, des règlements internes de la société ou même d'une convention unanime des actionnaires par la société, ses administrateurs, dirigeants, employés, mandataires, vérificateurs, fiduciaires, séquestres ou liquidateurs, de demander au tribunal de leur ordonner de s'y conformer. Il convient de souligner que l'article 247 L.C.S.A. ne vise pas les actes commis par les actionnaires à ce titre.

Ce recours correspond à l'injonction mandatoire en vertu du droit civil québécois, mais il est assujéti au régime particulier de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, incluant l'article 242 L.C.S.A., qui dispense les plaignants de fournir caution et leur permet de demander des frais provisoires.

Le tribunal saisi d'une demande en vertu de l'article 247 L.C.S.A. peut « rendre à cet effet les ordonnances qu'il estime pertinentes », ce qui peut inclure l'annulation d'actes, par exemple, ou une acquisition d'actions illégale.

vii) La dissidence

Suivant l'article 190 L.C.S.A., lorsque la société propose notamment : i) de modifier ses statuts en vue d'ajouter, de modifier ou de supprimer les dispositions restreignant l'émission, le transfert ou la propriété d'actions (par. 173(1), 174(1), 174(4) et 190(1) L.C.S.A.); ii) de vendre, louer ou échanger tous ou presque tous ses biens (par. 189(3) et 190(1) L.C.S.A.); ou iii) d'effectuer une opération de fermeture ou d'éviction, l'actionnaire minoritaire peut exercer son droit de dissidence de manière à forcer la société à racheter ses actions à leur « juste valeur » (par. 190(3) L.C.S.A.).

Le droit de dissidence de l'article 190 L.C.S.A. permet ainsi aux actionnaires minoritaires de se retirer s'il se produit dans la structure de la société ou de son capital-actions des changements fondamentaux auxquels ils sont opposés, mais qu'ils ne peuvent empêcher à cause de leur droit de vote trop restreint.

Toutefois, la société n'est pas en devoir de rembourser les actions d'un actionnaire dissident lorsqu'il y a des motifs sérieux de croire qu'à la suite de ce remboursement la société serait incapable d'acquitter son passif à échéance ou la valeur de réalisation de son actif serait inférieure à son passif (par. 190(26) L.C.S.A.).

viii) Les propositions aux assemblées annuelles

En vertu de l'article 137 L.C.S.A., l'actionnaire minoritaire peut soumettre à la société un avis de toute question qu'il se propose de soulever lors de l'assemblée annuelle (il peut s'agir notamment d'une proposition en vue de l'établissement, de la modification ou de la révocation d'un règlement (par. 103(5) et 175(1) L.C.S.A.)) et discuter de cette question lors de cette

assemblée (par. 137(1) et 137(1.1) L.C.S.A.; art. 46 du *Règlement sur les sociétés par actions de régime fédéral*⁴⁵). L'actionnaire peut, en outre, joindre une déclaration de 500 mots au plus à l'appui de sa proposition et requérir de la société qu'elle joigne sa proposition et sa déclaration à la « circulaire de direction » sollicitant des procurations (par. 137(3) L.C.S.A. et art. 48 R.s.a.), elle-même jointe à l'avis de convocation.

La société n'est pas tenue de donner suite à une proposition dans certaines circonstances prévues dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (par. 137(5) et 137(5.1) L.C.S.A.; art. 49 à 52 R.s.a.).

Si un actionnaire désire soumettre une question aux actionnaires à un autre moment, il devra plutôt avoir recours au mode de convocation d'une assemblée prévu à l'article 143 L.C.S.A.

ix) Les autres recours ouverts aux actionnaires d'une société fédérale

Parmi les autres recours ouverts aux actionnaires minoritaires d'une société fédérale, citons notamment :

- le recours en annulation de contrat où un administrateur ou un dirigeant est intéressé, si celui-ci omet de révéler son intérêt (par. 120(8) L.C.S.A.);
- le recours en révision judiciaire de l'élection d'un administrateur ou de la nomination d'un vérificateur (art. 145 L.C.S.A.); et
- le recours en dommages contre l'« initié » qui utilise un renseignement confidentiel à l'occasion d'une opération portant sur une valeur mobilière (al. 131(4)a) L.C.S.A.).

4.4.2. Le régime québécois : *Loi sur les compagnies*

Contrairement aux dispositions de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, l'actionnaire minoritaire d'une compagnie constituée en vertu du régime provincial ne dispose que de très peu de moyens légaux aux termes de la *Loi sur les compagnies* du Québec pour faire valoir ses droits.

⁴⁵ DORS/2001-512 (ci-après « R.s.a. »).

i) L'action dérivée

A) En vertu du pouvoir de contrôle de la Cour supérieure

Normalement, lorsqu'un tiers cause un dommage à la compagnie elle-même, et non à ses actionnaires, la décision de poursuivre ou de ne pas poursuivre appartient à la compagnie par l'entremise de ses administrateurs, et nullement aux actionnaires. Si les administrateurs décident de ne pas poursuivre, les tribunaux n'interviendront pas à l'égard d'une telle mesure d'administration interne, à moins qu'on ne leur prouve que cette décision n'a pas été prise dans l'intérêt de cette compagnie, mais bien à son détriment, pour avantager les administrateurs ou des personnes qu'ils entendent protéger.

Dans ce cas, l'action dérivée permet à un actionnaire de poursuivre au nom de la compagnie, pour faire établir un tort causé à celle-ci. Le recours doit être pris par l'actionnaire en son nom personnel et mettre la compagnie en cause. Ce recours est accordé lorsque les personnes coupables du tort causé à la compagnie contrôlent celle-ci, et donc empêchent qu'elle réclame que le dommage soit réparé.

L'arrêt *Lagacé c. Lagacé*⁴⁶ constitue une excellente illustration dans le contexte d'une compagnie familiale. Dans cette affaire, un actionnaire minoritaire a intenté une action pour forcer ses frères actionnaires/administrateurs à rembourser à la compagnie les dépenses injustifiées et les prêts qu'ils s'étaient fait consentir par la compagnie. Il a ainsi réclamé le droit d'exécuter le jugement au nom de celle-ci. La Cour accueille cette action d'un actionnaire en lieu et place d'une compagnie sur la base de l'article 33 du *Code de procédure civile*⁴⁷ (pouvoir de contrôle de la Cour supérieure).

Cette décision a établi les critères que le demandeur doit démontrer afin de réussir une action dérivée, à savoir : i) sa qualité d'actionnaire; ii) le contrôle absolu de la compagnie par les auteurs du préjudice et des irrégularités; iii) le refus d'agir, exprès ou présumé, de la part de la compagnie; et iv) l'élément frauduleux ou l'équivalent des actes reprochés.

⁴⁶ [1966] C.S. 489.

⁴⁷ L.R.Q., c. C-25 (ci-après « C.p.c. »).

L'action dérivée peut servir non seulement à faire recouvrer certaines sommes à la compagnie mais aussi, par voie d'injonction, à empêcher que la compagnie ne verse ces sommes.

B) En vertu de l'article 316 C.c.Q.

Par ailleurs, l'article 316 C.c.Q. codifie partiellement l'action dérivée de la manière suivante :

« En cas de fraude à l'égard de la personne morale, le tribunal peut, à la demande de tout intéressé, tenir les fondateurs, les administrateurs, les autres dirigeants ou les membres de la personne morale qui ont participé à l'acte reproché ou en ont tiré un profit personnel responsables, dans la mesure qu'il indique, du préjudice subi par la personne morale. »

Le recours est ainsi ouvert non seulement aux actionnaires, mais aussi à tout intéressé, ce qui inclut les créanciers de la compagnie. Il ne sera pas requis de l'actionnaire qu'il démontre que les auteurs de la fraude contrôlent la compagnie ou qu'il demande à la compagnie d'agir, ce qui déborde largement le cadre de l'action dérivée telle que nous la connaissons. Il ne sera pas non plus requis du créancier qu'il démontre que la compagnie a refusé ou négligé d'agir à son avantage, ce qui excède les limites de l'action oblique.

Le recours de l'article 316 C.c.Q. permet seulement l'obtention de dommages et ne peut mener à la nullité, l'interdiction ou l'inopposabilité des actes visés. L'action dérivée, l'action oblique et l'action en inopposabilité gardent donc toute leur pertinence.

Notons que le *Code civil du Québec* n'accorde pas au tribunal, comme les articles 229 et suiv. L.C.S.A., un pouvoir d'enquête sur les affaires des compagnies. Ceci affaiblit l'impact bénéfique de l'article 316 C.c.Q. en ce que seules les personnes ayant accès aux livres et aux registres de la compagnie, donc des membres de sa direction, sont susceptibles de déceler la fraude à son égard et surtout de rassembler la preuve de cette fraude.

C) En vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁴⁸

Tout comme pour le cas d'une société fédérale, lorsqu'une compagnie constituée en vertu du régime québécois fait l'objet de l'application de la *Loi*

⁴⁸ L.R.C. (1985), c. B-3 et mod. (ci-après « L.F.I. »).

sur la faillite et l'insolvabilité, il y a toujours possibilité à ce qu'une action dérivée soit intentée par le créancier de la compagnie en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

ii) Le « recours en oppression »

Il existe un débat jurisprudentiel et doctrinal quant à la possibilité pour un tribunal d'intervenir dans le cas d'oppression d'une compagnie constituée en vertu du régime provincial. Notons que la *Loi sur les compagnies* du Québec ne prévoit pas un « recours pour oppression » offrant aux actionnaires minoritaires une protection générale. Pour pallier cette lacune, certains invoquent le pouvoir de surveillance et de réforme attribué à la Cour supérieure afin de conférer aux actionnaires minoritaires une protection similaire à celle de l'article 241 L.C.S.A.

Dans la décision *Laurent c. Buanderie Villeray ltée*⁴⁹, le juge Denis Lévesque a affirmé que les cours supérieures possèdent les pouvoirs des tribunaux d'*equity* en Angleterre et peuvent appliquer la théorie de l'« attente légitime des actionnaires », retenue aux termes des recours selon l'article 241 L.C.S.A., pour justifier leur intervention en vertu de l'article 33 C.p.c. Il a ajouté que les recours se rattachant à l'obligation de loyauté et de bonne foi et à la répression de l'abus de droit, que l'on retrouve aux articles 6, 7, 322, 324, 329, 1375, 2138 et 2218 C.c.Q., peuvent être invoqués à l'appui de l'intervention de la Cour supérieure en vertu de l'article 33 C.p.c.

Par ailleurs, dans la décision *Équipements Ovila Poulin inc. c. Carrier*⁵⁰, le juge Bernard Godbout a également rendu, sous l'autorité de l'article 33 C.p.c., des conclusions déclaratoires au soutien du traitement juste et équitable des demandeurs, actionnaires minoritaires d'une compagnie.

Toutefois, la décision *Gendron c. J.E. Gendron Automobiles ltée*⁵¹ a précisé que l'article 33 C.p.c. ne permet pas l'exercice « d'un recours qui ne vise qu'à protéger les intérêts d'un actionnaire minoritaire ». Il est d'avis que la décision *Laurent* a permis une action dérivée visant la protection de la compagnie contre les décisions de certains administrateurs : il n'a accordé qu'une action dérivée et non une action directe à l'actionnaire.

⁴⁹ J.E. 2002-3 (C.S.) (ci-après « *Laurent* »).

⁵⁰ J.E. 2003-180 (C.S.).

⁵¹ R.E.J.B. 2003-47378 (C.S.).

iii) Le droit de l'inspection

En vertu de l'article 110 L.C.Q., les actionnaires minoritaires ont le droit à l'inspection des affaires de la compagnie :

« (1) L'inspecteur général [...] peut nommer un ou plusieurs inspecteurs compétents pour examiner les affaires d'une compagnie et en faire rapport, à la demande d'actionnaires possédant une partie des actions émises par la compagnie suffisante à son avis pour justifier cette demande. »

Le rapport de ces inspecteurs va à l'Inspecteur général, à la compagnie et, sur demande, aux requérants. Ce rapport est admis en justice comme preuve de l'opinion de ces inspecteurs sur les matières auxquelles il s'étend.

iv) L'abus de droit

Par ailleurs, la notion d'abus de droit consacrée par la Cour suprême dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Houle*⁵² a sa place dans le *Code civil du Québec* (notamment aux articles 6, 7, 317 et 1375) et pourrait être invoquée par un actionnaire minoritaire à l'encontre d'agissements de la compagnie ou de ses administrateurs pour appuyer son recours en injonction ou en dommages selon l'article 1457 C.c.Q. ou sa demande de réforme selon l'article 33 C.p.c.⁵³

v) Le *mandamus*

Si le préjudice causé à l'actionnaire minoritaire émane du refus de la compagnie ou d'un de ses dirigeants d'accomplir un devoir ou un acte que la *Loi sur les compagnies* du Québec lui impose, il est possible d'obtenir une ordonnance (*mandamus*) enjoignant à la compagnie ou à ce dirigeant d'accomplir ce devoir ou cet acte en vertu de l'article 844 C.p.c.

vi) La liquidation forcée de la compagnie

Une compagnie provinciale peut faire l'objet d'une demande de liquidation alors même qu'elle est en mesure de remplir ses obligations. En effet, l'article 24 de la *Loi sur la liquidation des compagnies* permet à un actionnaire de présenter une requête en liquidation d'une compagnie devant

⁵² [1990] 3 R.C.S. 122.

⁵³ Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec : les aspects juridiques*, vol. I, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 31-5.

la Cour supérieure pour une autre raison que la faillite ou l'insolvabilité, soit parce qu'il est « juste et équitable » que cette compagnie soit liquidée. Le *Code civil du Québec* prévoit également certaines dispositions relatives à la dissolution et à la liquidation des personnes morales aux articles 344 et suivants.

A) Les conditions préalables

Considérant que le recours en liquidation judiciaire est une mesure extrême, le tribunal s'assure que le motif de liquidation juste et équitable invoqué par le requérant n'a pas pris naissance par sa faute. De plus, les tribunaux refusent d'accorder la liquidation judiciaire d'une compagnie si le requérant dispose d'autres moyens pour remédier à la situation qu'il invoque. La requête en liquidation ne doit être faite qu'en dernier ressort, lorsque tous les autres moyens disponibles pour corriger la situation ont échoué ou sont inefficaces. Enfin, la Cour n'accordera généralement pas la liquidation de la compagnie lorsqu'une telle décision a des effets néfastes pour tous les intéressés, les actionnaires comme les créanciers. Aussi, en règle générale, il sera plus difficile de convaincre le tribunal qu'il y a des motifs « justes et équitables » de liquider une compagnie opérante et prospère qu'une compagnie inactive ou en mauvaise posture financière, ou encore une société de portefeuille sans opérations propres.

B) Les motifs « justes et équitables » : perte de confiance dans l'administration

La jurisprudence reconnaît quatre types de situations constituant des motifs justes et équitables de liquider une compagnie. Parmi ces motifs, il y a la perte de confiance dans l'administration.

Ce motif dépend essentiellement des faits ou de l'accumulation de ceux-ci. La liquidation sera accordée lorsque ces faits démontrent que la perte de confiance est fondée sur des motifs sérieux et que la conduite des administrateurs est empreinte de fraude ou de manque de probité.

Un des critères retenus pour justifier le manque de confiance réside dans le fait, pour une ou des personnes en contrôle, de mener les affaires de la compagnie sans égard à ses droits ou aux droits des actionnaires minoritaires.

4.5. L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DU CRÉANCIER DÉTENTEUR D'UN JUGEMENT

4.5.1. Les généralités

En vertu de l'article 2724(4^o) C.c.Q., toute créance qui résulte d'un jugement peut être garantie par une hypothèque. À cet égard, l'article 2730 C.c.Q. précise que seules les créances qui découlent d'un jugement portant condamnation à verser une somme d'argent, rendu par un tribunal ayant compétence au Québec, sont garanties par hypothèque légale. Ainsi, un jugement condamnant une personne à faire ou à ne pas faire quelque chose ne permettrait pas l'inscription d'une hypothèque légale. De plus, l'article 2730 C.c.Q. ne limite pas son application à des jugements finaux. Par exemple, l'inscription d'un appel contre un jugement n'empêcherait pas l'inscription d'une hypothèque légale. Par ailleurs, il faut noter que la créance garantie par une telle hypothèque légale redevient une créance chirographaire lorsque le débiteur condamné à payer une somme d'argent dans un jugement fait faillite (par. 70(1) L.F.I.).

L'hypothèque légale du créancier détenteur d'un jugement se limite aux biens décrits dans l'avis d'inscription (art. 2730, al. 2 C.c.Q.). De plus, si le créancier détenteur d'un jugement abuse de son hypothèque en l'inscrivant sur plus de biens qu'il n'est nécessaire pour protéger sa créance ou si le débiteur veut faire substituer une autre sûreté, une demande pourra être présentée au tribunal, suivant l'article 2731 C.c.Q.

4.5.2. L'exercice des droits hypothécaires

Conformément à l'article 2748, al. 2 C.c.Q., le créancier peut exercer ses droits hypothécaires en prenant les actions en paiement de sa créance, en faisant vendre les actions en justice ou, dans certains cas, en les vendant lui-même. Néanmoins, l'exercice de ces droits est soumis aux « dispositions et conventions » qui régissent le transfert des actions hypothéquées⁵⁴. Il faut se référer aux restrictions statutaires et non statutaires, par exemple, les conventions entre actionnaires.

Ainsi, dans *Banque Paribas*, la Cour a affirmé que l'exercice du droit hypothécaire du créancier qui détient une hypothèque sur des actions est assujéti aux restrictions sur les transferts des actions, y compris celles

⁵⁴ Art. 2756 C.c.Q. Voir *Banque Paribas (Suisse) S.A. c. 166505 Canada inc.*, J.E. 95-817 (C.S.) (ci-après « *Banque Paribas* ») (convention entre actionnaires).

stipulées dans l'acte constitutif de la personne morale et dans les conventions entre actionnaires.

4.6. APPLICATION DE CERTAINES CONSIDÉRATIONS LÉGALES AU CAS PRATIQUE

4.6.1. Les droits et recours de Arthur, Paul et Rose

i) Les conclusions recherchées

D'une manière globale, les remèdes recherchés par Arthur, Paul et Rose pourraient être les suivants :

- la demande d'enquête sur la gestion de Provisions;
- la demande de remboursement des dépenses effectuées pour la rénovation de la résidence secondaire de Josiane et les voyages personnels de Guy;
- la demande de remboursement des chèques émis au bénéfice personnel de Josiane et Guy;
- la demande d'interdiction de procéder à la vente des actifs de Provisions en faveur d'une nouvelle filiale contre les actions de cette dernière ainsi que toute autre mesure reliée à la restructuration/transaction proposée;
- la demande provisoire et interlocutoire de nommer un séquestre-gérant pendant la durée de l'instance pour Provisions et Immo; et
- la suspension pendant l'instance de Josiane et Guy à titre d'administrateurs de Provisions.

ii) Le droit de dissidence

Tout d'abord, il est à noter que, dans l'éventualité où Provisions procéderait à la restructuration/transaction envisagée par Josiane et Guy en toute légalité, Arthur, Rose et Paul, ne pouvant empêcher l'exécution de leurs décisions, pourront néanmoins exiger que la société procède au rachat de leurs actions à un prix égal à leur JVM.

Rappelons que si Provisions était une compagnie régie sous l'autorité de la *Loi sur les compagnies* du Québec, Arthur, Paul et Rose ne bénéficieraient pas de cette forme de protection.

iii) L'action dérivée

Considérant que Provisions semble avoir un droit d'action contre Josiane et Guy compte tenu de leurs agissements à l'encontre des intérêts de la société, Arthur, Paul et Rose peuvent demander au tribunal la permission de poursuivre Josiane et Guy pour et au nom de la société.

Soulignons que, pour Arthur, Paul et Rose, les bienfaits de ce recours ne sont pas éloquentes : si l'action intentée par l'actionnaire au nom de la société est maintenue, les sommes seront versées à cette dernière et placées sous la bonne administration de ceux qui s'opposaient à l'exercice du recours (sauf discrétion du tribunal).

iv) Le recours en cas d'abus

Du moins pour le recours en cas d'abus prévu à l'article 241 L.C.S.A., une jurisprudence de plus en plus abondante permet de se faire une idée plus précise de ce qui constitue, selon les tribunaux, de l'« oppression », de l'atteinte aux intérêts et du non-respect de ceux-ci :

- l'émission d'actions à un prix réduit, sans qu'un droit de préemption n'ait été équitablement accordé aux actionnaires, particulièrement si les besoins de financement de la société ne le justifient pas;
- la vente de l'actif principal de la société ou le prêt d'argent à une autre société contrôlée par les majoritaires;
- le fait par les majoritaires de mener les affaires de la société et de détourner les pouvoirs des administrateurs à leur bénéfice personnel et au détriment des minoritaires;
- le fait de procéder à un ou plusieurs détournements de fonds, de profits ou d'occasions d'affaires au bénéfice d'une autre entité corporative contrôlée par les actionnaires majoritaires ou des personnes liées à ceux-ci; et
- le paiement à un actionnaire majoritaire d'honoraires de gestion ou d'une rémunération excessive et injustifiée.

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le recours en cas d'abus en vertu de l'article 241 L.C.S.A. ou de l'article 33 C.p.c. (pouvoir de contrôle et de surveillance de la Cour supérieure) est si large qu'il peut servir de base légale à l'ensemble des recours intentés par Arthur, Paul et Rose. Cependant, les solutions que peut ordonner un tribunal s'il estime que Arthur, Rose et Paul sont victimes d'oppression de la part de Josiane et Guy sont multiples et dépendent énormément de la discrétion du juge.

v) Le recours en abus de droit

Arthur, Paul et Rose pourront aussi invoquer au soutien de leur procédure les articles 6, 7, 317, 1375 et 1401 C.c.Q. qui établissent des principes généraux de bonne foi et d'équité en matière contractuelle. Ces dispositions peuvent ainsi servir de base pour leur recours en injonction ou en dommages-intérêts.

vi) La liquidation forcée

Arthur, Paul et Rose pourront requérir du tribunal la liquidation forcée de Provisions en argumentant que leurs intérêts sont préjudiciés en raison de la façon dont cette dernière conduit ses affaires ou en raison de la façon dont Josiane, Guy et Émilie exercent leurs pouvoirs.

Signalons que ce recours en liquidation forcée peut être utilisé par Arthur, Paul et Rose à des fins stratégiques, principalement pour leur donner un certain pouvoir lors de la négociation concernant Provisions. Par ailleurs, hormis sa rentabilité stratégique, l'exercice de ce recours comporte certains risques et inconvénients. Premièrement, les tribunaux, qui sont hésitants à s'ingérer dans l'administration des affaires d'une société, n'accorderont la liquidation que si cette conclusion s'impose à eux avec une certaine violence. Deuxièmement, la liquidation forcée d'une compagnie constitue un recours très dispendieux : la prise des procédures et l'atmosphère d'un procès aggravent le malaise et les actionnaires sont plus préoccupés à se chamailler qu'à faire opérer le commerce, et les affaires dégringolent rapidement; de plus, les frais judiciaires, les honoraires professionnels et les frais de liquidation viendront gruger les actifs de la compagnie avant que ces derniers ne puissent être distribués entre les actionnaires.

4.6.2. Les droits et recours hypothécaires de M. LeDur

Il est vrai qu'en principe M. LeDur, créancier hypothécaire, pourra exercer ses droits hypothécaires sur les actions de Roc. Il pourra prendre les actions en paiement de sa créance, faire vendre les actions en justice ou, dans

certains cas, les vendre lui-même. Cependant, tout recours hypothécaire que M. LeDur exercera sera en tout temps assujéti aux restrictions apportées aux transferts d'actions qui sont prévus dans les actes constitutifs de Provisions et, souvent, dans les conventions d'actionnaires. Ainsi, considérant l'assujettissement des recours hypothécaires de M. LeDur à ces limitations, il est fort probable que M. LeDur pourra, à titre subsidiaire, demander le remboursement du montant de sa créance par l'intermédiaire, par exemple, du rachat forcé des actions de Roc par Provisions.

Au surplus, Provisions pourrait désintéresser M. LeDur en achetant sa créance pour éviter qu'une tierce personne inconnue de la famille Latendresse ne vienne s'ingérer dans ses affaires.

Il y a donc lieu de négocier un règlement avec M. LeDur.

5. LA PRÉVENTION CONTRACTUELLE DES CONFLITS

5.1. LA RÉDACTION DES CONVENTIONS UNANIMES D'ACTIONNAIRES

Les actionnaires d'une compagnie (provinciale) ou d'une société (fédérale) peuvent se soustraire, mais également bonifier, à certaines dispositions de leur loi constitutive en créant un mode de gestion *ad hoc* par la conclusion d'une convention unanime d'actionnaires.

En premier lieu, ces conventions visent à assurer un meilleur contrôle de l'administration et de la gestion de l'entreprise par les actionnaires en leur permettant d'intervenir dans le processus décisionnel. À titre d'illustration, les actionnaires peuvent prévoir que la conclusion par l'entreprise de tout contrat dépassant un certain montant devra faire l'objet d'une approbation au préalable des actionnaires ou encore, la conclusion d'un prêt devra également faire l'objet d'une adhésion des actionnaires.

Souvent, les actionnaires de sociétés ou de compagnies privées voudront également protéger leurs intérêts personnels en s'assurant de « fermer » le cercle des actionnaires et d'en contrôler l'accès à tout nouvel actionnaire, notamment par des mécanismes de restriction de transfert d'actions à des tiers et de droit de premier refus. À titre d'exemple, on peut évoquer l'obligation de la société de procéder au rachat des actions d'un actionnaire décédé afin d'éviter que ses actions ne soient transférées par dévolution successorale à des tiers qui n'ont pas été nécessairement « choisis » par les autres actionnaires.

Finalement, dans un contexte corporatif où les actionnaires sont peu nombreux et que les mariages d'idées et d'harmonie peuvent se transformer en divergences fondamentales d'opinions et de styles, les conventions d'actionnaires serviront à pallier les lacunes des lois corporatives en stipulant certaines modalités de « séparation ».

5.2. L'EXAMEN DES CLAUSES TYPES DES CONVENTIONS D'ACTIONNAIRES

En la matière, il n'existe pas de contrat standard. Bien au contraire, les parties à une telle convention devront prendre le soin de rédiger une entente « sur mesure » reflétant leurs aspirations particulières, en prenant également en considération la vocation de l'entreprise et les impératifs du marché dans lequel l'entreprise est exploitée.

À titre d'illustration, la convention entre actionnaires d'une société oeuvrant dans le domaine des technologies, lequel nécessite d'importants apports en capital, devra être « assez souple » pour permettre l'adjonction de nouveaux investisseurs. Ce même besoin est peut-être moins criant pour des entreprises oeuvrant dans des secteurs plus traditionnels.

Or, dans biens des cas, les investisseurs ne voudront pas se cantonner dans un rôle passif et exprimeront le souhait, sinon de participer activement à la gestion de l'entreprise, à tout le moins d'être associés intimement au processus décisionnel.

Ceci étant dit, nous effectuerons un survol des clauses les plus usuelles de ce type de convention.

5.2.1. Engagement des actionnaires quant à l'élection des administrateurs

Il va de soi qu'un actionnaire majoritaire est en mesure de contrôler, de par l'exercice de son droit de vote, la composition de son conseil d'administration. Dans une situation de structure de capital où aucun actionnaire ne détient seul le contrôle, la convention pourra prévoir aménager un régime particulier afférent aux modalités d'élection des administrateurs.

La convention peut ainsi modifier les règles du jeu en prévoyant, par exemple, que l'élection d'un administrateur demandera l'adhésion d'une majorité qualifiée, en pourcentage ou en nombre d'actionnaires.

5.2.2. Composition et fonctionnement du conseil d'administration

À l'exception des décisions qui touchent l'existence même de la société, telles que la fusion, la liquidation, la dissolution et la vente de l'ensemble ou d'une partie substantielle des actifs de l'entreprise, le conseil d'administration jouit des pleins pouvoirs et ne rend des comptes en principe qu'une fois par an lors de l'assemblée générale des actionnaires.

Cette latitude peut conduire à des excès, voire des abus. On peut penser à la décision d'un conseil d'administration d'émettre de nouvelles actions d'une catégorie donnée, ce qui aurait inévitablement pour effet de diluer la participation des actionnaires existants. On peut aussi penser au conseil d'administration qui pourrait décider de mettre fin au lien d'emploi d'un actionnaire ou d'un employé clé de l'entreprise, même si par ailleurs cette personne était un membre minoritaire du conseil d'administration.

Dans le but d'éviter ces abus, la convention pourra prévoir le contrôle effectif par les actionnaires de tout changement modifiant le capital social de la société, la déclaration de dividendes, les pouvoirs d'emprunt ou d'investissement, l'embauche et le congédiement des cadres de l'entreprise.

5.2.3. Dispositions relatives au capital-actions

Dans le contexte d'une société privée, les actionnaires voudront protéger leur position face aux autres actionnaires, mais également leur identité. En d'autres termes, un actionnaire voudra éviter d'être dilué ou contraint d'être associé avec une personne qu'il n'aura pas nécessairement choisie.

i) Les mesures « antidilution »

Ces mécanismes antidilution stipulent que tout projet de nouvelles émissions d'actions devra prévoir un droit de souscription prioritaire, en faveur des actionnaires actuels de l'entreprise au prorata du nombre d'actions qu'ils détiennent immédiatement avant l'émission projetée par rapport au nombre total d'actions alors émises et en circulation. Ce droit de souscription devra évidemment être exercé aux mêmes prix et conditions que ceux de l'émission projetée, en vue de donner l'occasion aux actionnaires existants de maintenir leur pourcentage de détention d'actions.

- ii) La vente des actions par un actionnaire : interdiction d'aliéner, consentement préalable et droit de premier refus

Les actionnaires pourront également convenir de ne pas céder les actions qu'ils détiennent, en totalité ou en partie, ou tout droit ou intérêt dans ou en vertu de celles-ci, à moins :

- de les offrir aux autres actionnaires; ou
- d'avoir obtenu le consentement préalable écrit des autres actionnaires.

Afin de contrôler le transfert par un actionnaire de la totalité ou de toute partie de ses actions à des tiers, la convention pourra également prévoir que le vendeur doit offrir ses actions en priorité aux autres actionnaires.

- iii) Succession et retrait des affaires

Puisque dans bien des cas les petites et moyennes entreprises sont dirigées et contrôlées par leurs propres actionnaires, ces derniers voudront prévoir les conséquences d'une séparation « forcée » par opposition à un retrait volontaire des affaires de l'entreprise. Ceci afin, d'une part, de contrôler le transfert des actions et le rachat des actions en cas de décès et, d'autre part, d'évaluer selon des mécanismes comptables établis la valeur des actions de celui qui se retire. Dans certains cas, la valeur attribuée aux actions peut même dépendre de la gravité de l'acte reproché à l'actionnaire que l'on veut « expulser ».

- iv) Assurances

Afin de faciliter le paiement des actions en cas de décès, la convention peut prévoir que la société doit s'engager à souscrire à des assurances sur la vie de ses actionnaires.

5.2.4. Non-concurrence, non-sollicitation et engagement de confidentialité

Dans le but de tenter de « fidéliser » les personnes clés de l'entreprise, il est désormais courant de leur attribuer une partie du capital-actions.

En contrepartie, il est essentiel de lier ces personnes à l'entreprise par les clauses restrictives de non-concurrence, de non-sollicitation et de confidentialité qui prendront effet lors d'un départ.

La rédaction de ces clauses s'avère très délicate. En effet, comme elles ont pour effet de restreindre la capacité d'exercer une activité, les tribunaux leur ont traditionnellement donné une interprétation restrictive.

On retiendra tout d'abord que le *Code civil du Québec* a changé l'état du droit en matière de clauses de non-concurrence, puisqu'il fait dorénavant reposer sur l'employeur le fardeau de prouver la validité d'une telle clause. Cette conclusion vaut également pour les clauses de non-concurrence insérées dans le cadre d'une convention d'actionnaires.

Quant à la question de savoir si de telles clauses sont raisonnables, elle dépend en premier lieu de la sphère d'activités de l'entreprise au moment de la naissance du différend. Ainsi, par exemple, une société dont les activités seraient limitées géographiquement à l'île de Montréal aura bien du mal à convaincre un tribunal qu'une clause de non-concurrence qui couvrirait tout le Canada ou toute l'Amérique du Nord est raisonnable.

Mais au-delà de cette question de non-concurrence, la société doit s'assurer de la conservation de la confidentialité de certaines informations qui constituent l'un de ses actifs. On pense évidemment à la liste des clients et aux informations de nature financière, mais également aux secrets d'entreprise ou aux secrets industriels, tels que les méthodes d'affaires, les codes sources de logiciels, les processus de fabrication, les plans stratégiques, etc.

Si les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. prévoient une obligation générale de loyauté qui permettrait le cas échéant de sanctionner l'attitude d'un actionnaire indélicat, il est préférable d'inclure à la convention des dispositions spécifiques assurant la confidentialité.

5.2.5. Les clauses pénales

Une clause pénale peut être intégrée à une convention d'actionnaires, notamment en relation avec les clauses de non-concurrence et de confidentialité. Les articles 1622 et 1623 C.c.Q. stipulent que les parties à un contrat peuvent prévoir de façon conventionnelle les dommages à être payés au créancier en cas d'inexécution fautive du débiteur.

L'ajout d'une clause pénale dans une convention unanime d'actionnaires permet à une partie d'éviter une contestation en justice et de devoir ainsi prouver le préjudice qu'elle a subi. Comme le mentionne l'article 1622 C.c.Q., la présence d'une clause pénale dans un contrat n'empêche pas le créancier d'opter pour l'exécution en nature s'il le préfère.

Puisque la clause pénale est l'accessoire d'une obligation, si l'obligation principale devait être déclarée nulle, l'obligation accessoire qu'est la clause pénale serait également invalide. Toutefois, l'inverse n'est pas vrai.

L'article 1623, al. 2 C.c.Q. impose une importante limite aux clauses pénales dans l'éventualité d'une exécution partielle de l'obligation. D'une part, ce second alinéa prévoit la réduction de la pénalité prévue lorsque le créancier en a bénéficié. Sauf quant au montant de la réduction, cette précision ne pose pas vraiment de difficulté. D'autre part, ce même alinéa prévoit que le tribunal peut réduire la clause pénale si celle-ci est jugée abusive.

5.2.6. Les obligations envers le passif

Afin de préparer tous les actionnaires à faire face aux pertes de l'entreprise, la convention unanime d'actionnaires pourra prévoir une obligation pour chaque actionnaire de financer de telles pertes au prorata du nombre d'actions détenu par celui-ci sous peine, par exemple, de se voir diluer sans autre recours.

5.2.7. Clause d'achat - rachat forcé

Certains différends peuvent conduire les actionnaires à une impasse : chaque partie « campe » sur ses positions sans possibilité de compromis. La majorité des conventions d'actionnaires prévoit un mécanisme par lequel un actionnaire peut en acheter un autre à condition que ce dernier puisse à son tour présenter une offre aux mêmes termes et conditions. Ces clauses appelées couramment *shot gun* sont généralement très efficaces pour mener à terme une séparation incontournable. Elles peuvent toutefois, dans certaines circonstances, favoriser l'actionnaire mieux nanti ou qui a accès au capital plus facilement.

5.2.8. Arbitrage

Finalement, les actionnaires voudront prévoir un mécanisme permettant d'obtenir une décision rapide pour régler tout différend qui pourrait survenir entre eux. L'arbitrage a, au cours des années, gagné beaucoup de popularité pour accélérer le règlement de ces différends. Contrairement à ce que certains peuvent prétendre, l'arbitrage n'est toutefois pas la meilleure solution pour tous. C'est pourquoi nous traiterons plus en détail ci-après de la portée, des avantages, des désavantages et des conséquences d'une telle clause pour les parties.

i) Clause d'arbitrage et de choix de forum et de loi

Dans le cadre d'un règlement de différend, le choix du tribunal compétent s'avère toujours délicat. En effet, pourquoi devrait-on privilégier les tribunaux de droit commun plutôt qu'un tribunal privé?

Que les actionnaires choisissent l'arbitrage ou les tribunaux de droit commun, ceux-ci peuvent choisir la loi qui régira leurs relations contractuelles. Cette capacité de choisir la loi est limitée par les règles de droit international privé qui exigent que cette loi choisie ait un certain lien avec la juridiction où les parties font des affaires. Un tribunal, qu'il soit arbitral ou de droit commun, pourra mettre de côté ce choix de la loi s'il détermine qu'il n'y a pas suffisamment de connexité entre la loi désignée et le litige.

ii) Confidentialité du différend

Par essence, le processus judiciaire est public. En ce sens, toute personne a le droit d'assister aux débats devant les tribunaux mais également de prendre connaissance et, le cas échéant, d'obtenir des copies des actes de procédures, des pièces et des décisions rendues. Dans certains cas, la Cour émet des ordonnances de confidentialité afin de protéger certains secrets de commerce ou des informations commerciales ou financières. Ces ordonnances sont toutefois une exception à la règle et elles peuvent souvent être limitées dans leur application.

Si les parties ont pris la peine de le préciser dans le cadre de la clause d'arbitrage, également connue sous le nom de clause compromissaire, l'ensemble du processus arbitral demeure confidentiel.

iii) Le choix des « juges »

Dans la quasi-majorité des cas, ce sont les parties qui choisissent les arbitres qui seront amenés à trancher un éventuel litige. À moins d'un arbitrage prévoyant un arbitre unique, il est en effet usuel que chaque partie nomme son propre arbitre, le président du tribunal étant nommé par les deux personnes ainsi désignées.

Cette façon de procéder présente trois avantages remarquables.

Dans un premier temps, si le différend présente des aspects essentiellement techniques, les parties pourront nommer des spécialistes qui ne sont pas juristes de profession. À titre d'exemple, si le litige porte sur

l'évaluation d'un immeuble ou sur l'évaluation des actions d'une compagnie, les parties pourront nommer un évaluateur agréé ou un comptable spécialisé en évaluation d'entreprise.

Dans un deuxième temps, si le choix se porte sur un juriste, les parties auront la latitude de nommer un juriste spécialisé dans le domaine de droit faisant l'objet du différend.

Enfin, cette façon de procéder permet également d'envisager la constitution d'un tribunal arbitral « mixte », c'est-à-dire composé de juristes et de non-juristes.

iv) L'absence d'appel

De par la loi, les sentences arbitrales sont définitives et sans appel. En règle générale, les dossiers qui sont portés en appel devant la Cour d'appel du Québec ne sont actuellement pas entendus avant l'expiration d'un délai d'au moins 18 mois. Il faut ajouter à ce délai la période de délibéré de la Cour qui peut parfois s'étaler sur plusieurs mois. L'impossibilité d'appeler d'une sentence arbitrale, à moins que les parties en aient décidé autrement, peut garantir une solution aux litiges beaucoup plus rapide que par les tribunaux de droit commun.

Si la sentence ne peut faire l'objet d'un appel, elle doit toutefois, pour recevoir la force exécutoire, être homologuée par une cour, à moins que la partie condamnée ne consente à respecter les conclusions rendues par le tribunal arbitral. Bien que la procédure d'homologation soit introduite par requête, ce qui permet une audition rapide de la demande, il n'en demeure pas moins qu'un débiteur peu scrupuleux pourra « faire traîner les choses ».

De plus, la sentence arbitrale peut faire l'objet d'une annulation. Certes, les cas d'ouverture à une telle demande sont très restreints (les arbitres ont jugé malgré l'invalidité de la clause d'arbitrage ou sur des questions dépassant les cadres de la clause d'arbitrage). Il n'en demeure pas moins que le même débiteur peu scrupuleux peut trouver là autant d'instruments permettant de retarder l'exécution d'une sentence arbitrale.

Il faut aussi ajouter que les recours extraordinaires, telles les saisies avant jugement, les injonctions et les demandes d'ordonnances de séquestre demeurent des portes d'entrée pour les tribunaux de droit commun, et ce, même en présence d'une convention d'arbitrage.

v) Les litiges « multipartites »

À moins de circonstances exceptionnelles, ce qui est rarissime, la clause compromissoire ne liant que les parties au contrat, la procédure d'arbitrage ne permet pas la mise en cause forcée d'un tiers, notamment par voie d'appel en garantie.

vi) Le choix par les parties des règles de preuve et de procédure

La clause compromissoire permet aux parties d'assouplir les règles de preuve et de procédure notamment dans le but d'économiser temps et argent. À titre d'exemple, on peut évoquer la possibilité d'exclure les interrogatoires avant défense, les requêtes préliminaires et tout autre incident de nature à retarder l'avancement des débats.

En pratique, cet avantage se réalise très rarement. En effet, par mimétisme, les avocats ont tendance à reproduire les règles de preuve et de procédure applicables aux tribunaux civils.

vii) L'amicable composition

Les parties peuvent convenir de confier à l'arbitre ou au tribunal le pouvoir d'agir en tant qu'amicable compositeur. Ce pouvoir permet alors aux arbitres de juger en *equity* et non par la simple application de la règle de droit. Cela assure parfois que les décisions rendues sont mieux adaptées à certaines situations commerciales.

viii) « Tout à un prix » : le coût de l'arbitrage

Dans certains cas, l'arbitrage a certes permis une justice plus rapide, mais il n'a certainement pas assuré une plus grande accessibilité à la justice. Les coûts afférents à l'arbitrage peuvent être exorbitants. Ils sont souvent supérieurs aux coûts afférents à des procédures devant les tribunaux de droit commun. De fait, contrairement aux juges de droit commun, les honoraires des arbitres doivent être assumés par les parties. Ainsi, en plus des frais d'avocats, d'experts et de témoins, les parties devront défrayer, la plupart du temps à l'avance, les honoraires des arbitres.

De plus, dans le cadre d'un arbitrage organisé sous l'égide d'un centre, tel que la Chambre de commerce international, l'American Arbitration Association et la London Court of International Arbitration, ou encore, au Québec, le Centre canadien d'arbitrage commercial, les parties devront

également défrayer les coûts d'administration de ces centres pouvant varier de 0,05 % à 3 % de la somme réclamée.

Enfin, contrairement au palais de justice dont l'accès est gratuit, les parties devront également assumer les coûts afférents à la location du lieu de l'arbitrage.

Les parties sont évidemment libres de prévoir le sort de ces frais d'arbitrage ou, en d'autres termes, l'identité de la personne qui au bout du compte en assumera le paiement.

6. RÈGLEMENT ALTERNATIF ET RESTRUCTURATION PROPOSÉE

Vous avez convaincu toute la famille qu'il serait préférable de réaliser une restructuration commune et planifiée contrairement au gel de 1985!

6.1. GRANDES LIGNES DE LA PLANIFICATION PROPOSÉE

Essentiellement, pour le respect de tous, il est proposé ce qui suit :

- Désintéresser le créancier LeDur au moyen d'une proposition de rachat négocié.
- Regrouper les actions des actionnaires minoritaires (Rose, Paul et Arthur) au sein d'une nouvelle société de gestion et désintéresser l'ensemble de ces actionnaires minoritaires au sein de Provisions en prévoyant une structure de rachat de leur participation ainsi regroupée. À cette fin, dans le but de les protéger, prendre certaines protections qui devront leur être négociées et consenties par les sociétés et/ou les autres actionnaires.
- Désintéresser partiellement Émilie en lui octroyant les actions d'Immo ainsi qu'une partie du placement au sein de Marché Publico. À cette fin, réaliser une série d'opérations appelée *spin-off* ou sortie dérivée des actifs concernés vers une nouvelle société détenue et contrôlée par Émilie.

6.2. ANALYSE DU DÉSINTÉRESSEMENT DU CRÉANCIER LEDUR

Le créancier de Roc est en position, comme nous en avons fait état, de reprendre la totalité de sa participation au sein de Provisions (ayant une valeur de 486 000 \$ contre une créance de 600 000 \$). En considérant que cette participation comporte en elle-même un impôt potentiel de 24,11 % à

33 %, selon la façon dont le placement est disposé, les impôts potentiels se situent entre 112 000 \$ et 160 000 \$. Ces impôts ne considèrent pas le recours envisageable à la déduction pour gains en capital de 500 000 \$.

Il nous apparaît intéressant de lui présenter un règlement « négocié » qui pourrait le favoriser et aux termes duquel il accepterait de régler en totalité la dette de Roc pour moins que sa créance.

D'une façon ou d'une autre, le problème fiscal repose sur la capacité de sortir des fonds corporatifs des sociétés pour « financer » ce règlement.

6.2.1. Règlement préliminaire à l'interne

Il peut être envisagé que le règlement soit réalisé en effectuant des opérations entre les membres de la famille ou leurs sociétés pour permettre de retirer, ultimement, les fonds des sociétés et les remettre à M. LeDur. Ces opérations utiliseraient la participation de Roc. Elle serait alors soit rachetée, soit vendue à un membre de la famille ou à une société ou fiducie de celui-ci. D'une façon ou d'une autre, encore une fois, la fiscalité varierait entre 24,11 % si un gain en capital est réalisé, sans prendre avantage de la déduction pour gains en capital, d'une part, et 33 % s'il est précédé d'un rachat ou d'une acquisition pour annulation des actions ou, d'autre part, s'il y avait application de l'article 84.1 L.I.R.

La famille aurait avantage à réduire la facture fiscale à son plus simple niveau. En l'occurrence, en présence d'une restructuration « à l'interne », il serait possible de réaliser un gain et de faire en sorte que les sommes corporatives soient ainsi utilisées à raison de 24,11 % d'impôt.

Dans une telle situation, le résultat net donnerait une somme d'environ 375 000 \$ pour réaliser le règlement de M. LeDur. Il est possible qu'il considère cela trop bas et acculerait alors Roc à la faillite personnelle.

6.2.2. Règlement direct avec M. LeDur

Il serait encore plus avantageux, selon nous et sous réserve des risques fiscaux inhérents, de procéder directement avec le créancier LeDur puisque ce dernier est déjà en position d'agir à l'égard de ses droits hypothécaires.

En effet, il serait intéressant d'envisager la série d'opérations qui suit :

- cession-transaction par Roc en faveur de M. LeDur de toutes ses actions ordinaires de Provisions (valeur de 486 000 \$);

- cession par M. LeDur de ses actions à sa société opérante suivie d'un rachat corporatif par Provisions. M. LeDur récupère son prix de base rajusté (ci-après « PBR ») des actions acquises de Roc, en règlement de la dette du créancier, au moyen d'un billet à recevoir de sa société;
- puisque Provisions et la société de M. LeDur ne sont pas rattachées au sens des articles 186 et suiv. L.I.R., il en résultera un impôt de la Partie IV L.I.R. que la société de M. LeDur récupérera au fur et à mesure qu'elle distribuera des dividendes à son actionnaire; il s'agit en fait de « financer » l'impôt de la Partie IV L.I.R. le temps que de tels dividendes lui soient ainsi versés.

De cette façon, nous croyons que Roc serait en mesure de réclamer sa déduction pour gains en capital de 500 000 \$ jusqu'à concurrence de 486 000 \$ de gain et que M. LeDur sera à même de recevoir 486 000 \$ net dans ses poches. Il lui restera juste le financement temporaire de l'impôt de la Partie IV L.I.R., chose qui ne l'effraie pas, en bon créancier qu'il est!

Il ne devrait pas y avoir d'application de l'article 84.1 L.I.R. à une telle série.

6.3. REGROUPEMENT DES MINORITAIRES AU SEIN D'UNE SOCIÉTÉ DE GESTION COMMUNE ET DÉSINTÉRESSEMENT PROGRESSIF DE CES DERNIERS

Pour permettre d'être équitable envers les actionnaires minoritaires, il a été proposé et accepté d'assurer un désintéressement progressif de ce bloc de valeur (soit deux actionnaires à 6 % et un à 10 %, totalisant 1 782 000 \$ de la JVM).

À cette fin, un regroupement de toutes les participations des trois actionnaires (Arthur, Rose et Paul) serait réalisé au sein d'une société commune de gestion dans le but de faciliter les rachats et la gestion commune par Arthur des fonds qui graviteront dans cette société. De plus, tout doute dans l'application de l'impôt de la Partie IV L.I.R. sera supprimé. Un certain niveau d'actions de contrôle sera émis à cette société pour être certain qu'elle détient au moins 11 % en vote et en valeur lors des premiers rachats. Vers la fin, un rachat substantiel serait fait pour ne pas faire en sorte qu'un tel impôt soit applicable. En principe, les impôts des Parties IV.1 et VI.1. L.I.R. ne seront pas applicables.

Dans le cadre de ce désintéressement, il pourra être prévu plusieurs mesures pour protéger les actions de cette société, dont notamment :

- une convention de rachat avec droit d'information continue;
- une limite dans la liberté des opérations que Josiane, Guy et Émilie peuvent faire au sein de Provisions;
- une affectation des liquidités corporatives à un fonds de prévoyance des rachats projetés;
- une stipulation hypothécaire par cautionnement ou garantie hypothécaire par Immo au bénéfice de la société des minoritaires; le cadre d'une telle convention et les limitations corporatives applicables dépassent l'étendue de la présente étude. Par contre, une attention particulière devra être portée à cet égard;
- un cautionnement ou non des actionnaires dirigeants.

Aux fins de ce désintéressement, il y aura lieu d'examiner si les actions détenues par cette société seront ou non converties en actions de gel avec un rendement garanti ou non, à des dividendes préétablis ou convenus dans la convention de rachat.

- i) Avec conversion ou échange : cette technique d'échange sera utilisée pour convertir ou autrement échanger les actions ordinaires qui furent regroupées au sein de cette société.

Cette conversion aura pour effet de geler la croissance future; le rendement deviendra alors important, si telle est la situation à la négociation du règlement.

À cette occasion, des actions de vote seront aussi émises pour ne pas engendrer d'impôt de la Partie IV L.I.R. lors des rachats suivants.

- ii) Sans conversion ou échange : la croissance continuera ainsi à profiter au sein de cette société. Souvent, en pareil cas, le rachat pourra être reporté et suivra la valeur des actions; ainsi, qu'elle profite ou décroisse, les parties sont assujetties aux fluctuations de Provisions. Tout est une question de négociation!

Par ailleurs, il est fréquent que les actionnaires minoritaires désirent avoir au moins un représentant au sein du conseil d'administration de la société et de ses filiales. Rose, la sœur jumelle de Guy (Ti-Coq), se propose donc d'agir à ce titre. Une assurance responsabilité est souscrite par Provisions et les filiales sur la tête de Rose, la protégeant eu égard à sa

qualité d'administrateur puisqu'elle ne sera pas nécessairement au fait de tous les détails financiers tels que les remises d'impôt à la source et celles relatives aux taxes à la consommation.

Le processus de rachat devra suivre une capacité de rachat qui permettra de satisfaire les exigences des créanciers et du franchiseur ainsi que les règles légales applicables à cet égard⁵⁵.

6.3.1. Planification personnelle de Josiane et de Guy

Enfin, les enfants qui prennent le contrôle de Provisions auront aussi avantage à assurer une planification personnelle de leurs affaires.

À cette fin, il pourrait être recommandé de faire un gel classique de leur participation respective au sein de nouvelles sociétés de gestion tout en introduisant dans chaque société de nouveaux bénéficiaires par le biais d'une fiducie personnelle privée (ci-après « la fiducie »).

Éventuellement, lorsque les minoritaires et Émilie, dont les opérations sont présentées ci-dessous, auront été désintéressés de leurs actions de gel, chaque fiducie de Josiane et de Guy pourra, au moyen d'une élection de bénéficiaire, voir à ce que soit nommée une autre société de portefeuille comme bénéficiaire de la fiducie. Celle-ci recevra alors les surplus de liquidité de Provisions, versés par le biais des dividendes sur les actions que chaque fiducie détiendra. Par la suite, la fiducie les attribuera à ladite nouvelle société de portefeuille.

6.4. DÉSINTÉRESSEMENT D'ÉMILIE L'IMPROVISE

Nous concluons notre étude sur le sort réservé à la participation d'Émilie, cette auteure qui ne souhaite, dans le fond, que conserver l'unité familiale. Il est à noter que nous n'avons pas porté attention à l'ordre des opérations présentées à la présente section 6. Il se peut que cet ordre soit appelé à évoluer suivant le sort des négociations et les exigences civiles, financières et fiscales de cette restructuration présentée succinctement.

6.4.1. Nouvelle gestion

Émilie devra céder, sous forme de roulement (ou de cristallisation partielle jusqu'à concurrence de 500 000 \$), l'ensemble de ses actions

⁵⁵ Voir, entre autres, les articles 34 et suiv. L.C.S.A.

ordinaires et privilégiées totalisant en JVM 5,86 M\$ en faveur d'une société de portefeuille (ci-après « Gesco ») qui lui sera propre et réservée pour elle.

Cette Gesco agira à titre de « caisse de retraite » à l'instar de la société de portefeuille des minoritaires. Il y aura lieu de faire en sorte qu'Émilie ne contrôle pas Provisions au moment du *spin-off* pour ne pas avoir d'inceste corporatif, à moins de procéder par l'intermédiaire d'une seconde société, filiale à 100 % de Gesco, pour réaliser ledit *spin-off*.

6.4.2. Transfert dérivé (*spin-off*)

Par une série d'opérations, 45 % des actions de Gesco (soit pour 2 637 000 \$) seront « échangées » contre les éléments d'actifs composés des actions d'Immo (pour 1,8 M\$) et pour 837 000 \$ d'actions de classe « B » de Marché Publico (soit 37 201 des 84 445 actions de classe « B ») détenues par Provisions.

Dans le cadre de ce *spin-off*, la participation de Gesco diminuera ainsi de 45 % au sein de Provisions. Elle conservera à la fin de cette série d'opérations 55 % de sa participation initiale, soit pour 3 223 000 \$ (ci-après « la participation résiduelle »).

6.4.3. Sort de la participation résiduelle

La participation résiduelle de Gesco au sein de Provisions devrait, en principe, être elle-même gelée contre des actions de gel et de vote. Les actions privilégiées de ce gel seront alors, elles aussi, assujetties à une convention de rachats progressifs. Nos commentaires présentés à la section 6.3. sont donc applicables *mutatis mutandis*.

6.4.4. Consolidation du groupe d'Émilie

Émilie pourrait apprécier que Gesco et Immo soient fusionnées. À cet égard, cela dépend essentiellement des engagements financiers d'Immo qui pourraient ainsi mettre à risque les surplus et les sommes provenant des rachats réalisés entre Provisions et Gesco.

Nous ne recommandons pas cette fusion pour ainsi continger les opérations des sociétés d'Émilie.

6.4.5. Vente des actions excédentaires de Marché Publico

Il serait avantageux de regarder si une vente des actions excédentaires de Marché Publico et détenues par Provisions, ou encore, celles acquises par Gesco, ne devrait pas être réalisée sur le marché libre pour permettre de financer quelques-uns des désintéressements prévus à la présente section 6. ou pour donner des liquidités aux actionnaires. Ainsi, sur le placement de Provisions, près de 600 000 \$ pourraient être récupérés et occasionneraient un impôt total consolidé, une fois le tout « intégré » d'un point de vue fiscal, d'environ 24 % entre les mains des actionnaires ultimes des sociétés de gestion. Ce faisant, il serait alors possible de dégager des liquidités personnelles pour les individus.

CONCLUSION

On constate que la restructuration présentée à la dernière section ci-dessus préconise l'usage de plusieurs techniques de gel tout en protégeant les droits des actionnaires minoritaires.

On constate aussi que les gels antérieurs occasionnent souvent des situations qui obligeront les professionnels impliqués à négocier entre les intérêts des membres d'une même famille, même si de tels intérêts sont opposés ou divergents. Il faut donc relever le défi de protéger tous les actionnaires, si telle est notre mission, et le faire dans un contexte de planification globale intégrée.

ANNEXE 1**AVIS DE CONVOCATION À UNE ASSEMBLÉE SPÉCIALE DES
ACTIONNAIRES DE PROVISIONS INC.****À MONTRÉAL, LE 6 OCTOBRE 2004, À 13 H 30**

Mesdames,
Messieurs,

Au moyen des présentes, nous vous convoquons à une assemblée spéciale des actionnaires de la société PROVISIONS INC. (ci-après « la Société »), dont le but sera la présentation et, s'il y a lieu, l'adoption des résolutions présentées en annexe du présent avis de convocation qui sont réputées faire partie intégrante de cet avis.

Cette assemblée spéciale sera tenue au siège social de la Société, à Montréal, le 6 octobre 2004, à compter de 13 h 30. Les actionnaires qui désirent se faire représenter sont priés de remplir la formule de représentation ci-jointe et de voir à ce que le mandataire nommé remette, au secrétaire d'assemblée, immédiatement avant celle-ci, une formule dûment signée devant un témoin. Tout mandataire sera autorisé à prendre toute décision en conséquence à l'occasion de cette assemblée ou toute prolongation de celle-ci.

Il est prévu que si les projets des résolutions n^{os} 1 et 2 ne sont pas adoptés, tels que proposés dans leur ensemble, le projet de résolutions n^o 3 sera alors présenté pour adoption.

En foi de quoi, le présent avis vous est expédié ce 14^e jour de septembre 2004.

La direction de Provisions inc.

Josiane Latendresse
Administratrice et dirigeante

Guy Latendresse
Administrateur et dirigeant

ANNEXE 2**PROJET DE RÉSOLUTIONS PROPOSÉES****IL EST PROPOSÉ ET RÉSOLU QUE :****1. Constitution d'une FilialeCo**

1.1. La Société participe à une restructuration (ci-après « la restructuration ») au cours de laquelle sera constituée une nouvelle société (ci-après « FilialeCo »), détenue à 100 % par la Société lors de la constitution ou immédiatement après la première assemblée d'organisation, et que la Société soit autorisée à souscrire au capital-actions de FilialeCo et d'agir en conséquence aux fins de cette constitution et de l'organisation des affaires de FilialeCo.

1.2. La Société procède au transfert de ses éléments d'actifs d'entreprise, plus amplement décrits au projet d'acte ci-après autorisé, à FilialeCo en contrepartie d'actions privilégiées rachetables au gré du détenteur, non votantes et non échangeables, devant être émises à la Société à la JVM des éléments cédés, telle que fixée par les comptes de la Société, ainsi que pour la prise en charge des éléments de passif rattachés à l'entreprise de marchés alimentaires de la Société.

1.3. La cession sera réalisée au moyen d'une élection fiscale qui établira les sommes convenues de chaque catégorie d'actifs cédés, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la *Loi sur les impôts*, suivant ce qu'il appert des formules appropriées qui seront signées et produites à cette fin dans le but de reporter, en tout ou en partie, selon ce que les parties concernées jugeront approprié, les impôts sur le revenu rattachés aux éléments d'actifs cédés; sans s'y limiter, les sommes convenues seront celles présentées en annexe de la convention de cession-roulement ci-dessous adoptée.

1.4. Tout administrateur et dirigeant de la Société est autorisé à représenter la Société dans le cadre des résolutions qui précèdent et, généralement, à faire le nécessaire pour assurer leur réalisation en apportant, le cas échéant, toute correction ou modification au projet de restructuration proposé et de signer, exécuter et accomplir tout acte, document ou formalité en rapport avec lesdites résolutions.

1.5. Aux fins de ce qui précède et sans limiter le paragraphe 1.4., le projet de cession-roulement soumis au conseil d'administration de la Société

est accepté tel que présenté ou suivant le projet qui sera signé par l'administrateur de la Société.

2. Gel de FilialeCo

2.1. Immédiatement après le transfert mentionné au paragraphe 1.1. ci-dessus, la Société participera à une série de résolutions de FilialeCo dans le but de :

2.1.1. Convertir toutes les actions ordinaires émises à la Société, dont celles reçues en contrepartie du transfert, en actions privilégiées rachetables au gré de la Société, mais non votantes ni échangeables, devant être émises à la JVM de telles actions.

2.1.2. Concurrément à la conversion prévue ci-dessus d'autoriser FilialeCo à accepter une souscription d'actions ordinaires (participantes et votantes) en faveur de Josiane et Guy Latendresse.

2.1.3. Doit accepter, en sa qualité d'actionnaire de FilialeCo, les émissions d'actions susdites, et ce, même si une partie seulement des contreparties reçues à l'occasion de telles émissions ne seront déposées au compte capital déclaré des catégories d'actions concernées en vertu des paragraphes 26(3) et 26(5) L.C.S.A.

2.2. Tout dirigeant et administrateur de la Société est autorisé, et chacun d'eux est autorisé aux termes des présentes, à représenter la Société dans le cadre des résolutions qui précèdent et que, sans s'y limiter, chacun d'eux est autorisé à signer, exécuter et réaliser quelque formalité, acte de cession, souscription, résolution d'actionnaires et, généralement, toute opération nécessaire ou utile aux fins de ce qui précède.

2.3. Les résolutions présentées aux articles 1. et 2. qui précèdent soient présentées par adoption par les actionnaires de la Société en conformité avec les dispositions de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et qu'une assemblée spéciale des actionnaires de la Société soit tenue le 6 octobre 2004, à 13 h 30, au siège social de la Société.

3. Gel alternatif de la Société

Si les résolutions n^{os} 1 et 2 ne sont pas adoptées par les actionnaires, il est proposé et résolu de :

3.1. Réaliser l'échange des actions ordinaires de la Société contre des actions privilégiées de gel, rachetables au gré de l'actionnaire, à la suite d'un préavis de 18 mois, non échangeables ni votantes, le tout au moyen du dépôt de statuts de modification et, plus particulièrement, adopter les clauses modificatrices ci-jointes et prévues à ces fins.

3.2. Autoriser tout administrateur et dirigeant de la Société à agir en conséquence de ce qui précède et à signer, exécuter et réaliser toute opération, formalité ou tout acte nécessaire à ces résolutions et à cette modification de structure.

3.3. De faire approuver lesdites résolutions spéciales par les actionnaires de la Société conformément à la loi.

4. Règlement partiel de la participation d'Émilie L'Improvise

4.1. La Société est autorisée à céder au bénéfice d'Émilie L'Improvise (ci-après « l'actionnaire »), actionnaire majoritaire de la Société, en échange de 45 % de la valeur de sa participation en actions de toutes catégories, par une série d'opérations prévues à un agenda de transactions joint à cette fin aux présentes (ci-après « le transfert »).

4.2. Qu'aux fins du transfert, les actions de la filiale Immo et 837 000 \$ d'actions catégorie « B » de Marché Publico inc. soient globalement cédés à l'actionnaire ou à une société contrôlée par elle pour recueillir lesdits éléments en échange de la valeur de la participation susdite de 45 % de l'actionnaire au sein du capital-actions de la Société.

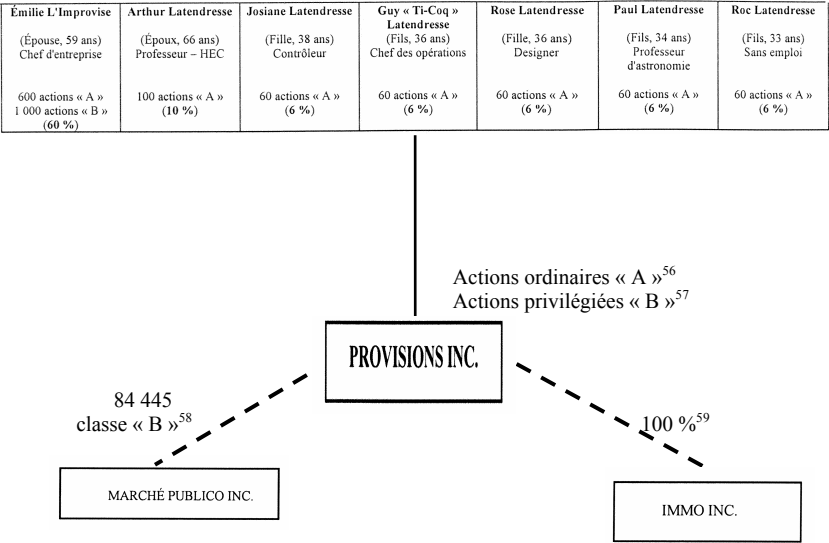
4.3. Que tout dirigeant et administrateur soit autorisé à poser tous les gestes et à réaliser toute formalité, procédure et action nécessaires ou utiles aux fins des résolutions qui précèdent et, généralement, à faire le nécessaire dans le but de réaliser lesdites résolutions.

4.4. Que l'émission d'actions votantes soit et sera aussi autorisée en faveur de l'actionnaire et le rachat progressif du solde de sa participation dans le capital-actions de la Société.

4.5. Enfin, que toute formalité fiscale de roulement, de choix ou toute autre formalité soit accomplie ou réalisée dans la mesure nécessaire que tout administrateur jugera utile.

ANNEXE 3

STRUCTURE ACTUELLE CORPORATIVE



⁵⁶ JVM : 8,1 M\$.

⁵⁷ JVM : 1 M\$.

⁵⁸ Actions privilégiées, non votantes, de type financement (JVM : 1,9 M\$).

⁵⁹ Actions ordinaires (JVM : 1,8 M\$).

ANNEXE 4

PROVISIONS INC.

BILAN

AU 31 AOÛT 2004

		Valeur comptable (000)	Valeur marchande (000)
ACTIF			
Comptes clients		200	200
Inventaire		3 200	3 200
Immobilisations (autres que terrains et bâtisses)		1 900	1 900
Actions – (Marché Publico – Actions requises)	40000 (1)	550	900
Actions – (Marché Publico – Actions excédentaires)	44445 (1)	610	1 000
Actions – Immo inc.		10	1 800
Achalandage		-	1 000
		<u>6 470</u>	<u>10 000</u>
PASSIF			
Créditeurs et emprunts bancaires		900	900
		<u>900</u>	<u>900</u>
AVOIR DES ACTIONNAIRES			
Capital-actions :			
1 000 actions « A » (ord.)		1	8 100
1 000 actions « B » (priv.)		1	1 000
		<u>2</u>	<u>9 100</u>
Bénéfices non répartis (ci-après « BNR »)		5 568	-
		<u>6 470</u>	<u>10 000</u>

(1) Actions de catégorie « B » – Cours du marché au 31 août 2004 : 22,50 \$ l'action.

Caractéristiques fiscales des actions (000)				
Catégorie	Capital versé fiscal	PBR	JVM	
« A »	1	1	8 100	
« B »	1	1	1 000	

ANNEXE 5

IMMO INC.

BILAN
AU 31 AOÛT 2004

	Valeur comptable (000)	Valeur marchande (000)
ACTIF		
Encaisse	50	50
Immobilisations :		
Bâtisses	450	1 250
Terrains	225	525
	<u>725</u>	<u>1 825</u>
PASSIF		
Créditeurs	25	25
	<u>25</u>	<u>25</u>
AVOIR DES ACTIONNAIRES		
Capital-actions		
100 actions ordinaires	10	1 800
BNR	690	-
	<u>700</u>	<u>1 800</u>
	<u>725</u>	<u>1 825</u>

Caractéristiques fiscales des actions (000)			
Catégorie	Capital versé fiscal	PBR	JVM
Ordinaires	10	10	1 800

ANNEXE 6

**CALCUL DE LA VALEUR DE LA PARTICIPATION
D'ÉMILIE L'IMPROVISE
EN DATE DU 31 AOÛT 2004 AUX FINS DE SON *SPIN-OFF***

	Valeur (000)
Valeur de la société Provisions inc.	9 100 \$
Moins valeur des actions catégorie « B »	(1 000)
	8 100
Pourcentage de la participation	60 %
	4 860
Plus valeur des actions catégorie « B »	1 000
	5 860 \$
Répartition proposée	
Échange de 45 % de la valeur de la participation d'Émilie en vertu de la résolution 4.1. de l'annexe 2	<u>2 637 \$</u>
Participation résiduelle à être rachetée (55 %)	<u>3 223 \$</u>